

SAMVÆRSRETT OG BRUK AV TILSYN UNDER SAMVÆR ETTER BARNELOVEN



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 657
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 15780 ord

19.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV EMNET	1
1.2	METODEKAPITTEL	2
1.3	DEN VIDERE FREMSTILLING	3
<u>2</u>	<u>SAMVÆRSRETEN</u>	<u>4</u>
2.1	GENERELT OM SAMVÆRSRETEN	4
2.2	LOVENS BESTEMMELSER	5
2.2.1	Barnelovens kapittel 6	5
2.2.2	§42 Barnets rett til samvær	6
2.2.3	§43 Omfanget av samværsretten	7
2.2.3.1	Det beste for barnet	7
2.2.3.2	Vanlig samvær	8
2.2.4	Når skal det ikke være samvær?	9
<u>3.</u>	<u>BRUK AV TILSYN UNDER SAMVÆR</u>	<u>12</u>
3.1	GENERELT OM BRUK AV TILSYN UNDER SAMVÆR	12
3.2	BARNELOVENS §43 TREDJE LEDD	12
3.3	VOLD OG OVERGREP	13
3.3.1	Forståelse av begrepene vold og overgrep	13
3.3.2	Bevisbyrden i saker om samvær	15
3.3.3	Barnekonvensjonens artikkel 19	16
3.3.4	Barns opplevelse av vold og overgrep	17
3.3.5	Skadevirkninger	18

3.4	BARNETS BESTE	19
3.5	UTFØRING AV TILSYN UNDER SAMVÆR	21
3.5.1	Innledning	21
3.5.2	Hvem kan være tilsynsperson?	22
3.5.3	Omfanget av tilsynet og tilsynspersonens oppgave	24
3.5.4	FN sin studie om vold mot barn	26
4.	<u>LAGMANNSRETTSDOMMER FRA 2009</u>	28
4.1	INNLEDNING	28
4.2	BARNETS MEDBESTEMMELSESRETT	29
4.3	FARE FOR VOLD OG OVERGREP	33
4.3.1	Oversikt	33
4.3.2	Vold og overgrep som begrunnelse for tilsyn	33
4.3.3	Ikke samvær	35
4.3.4	Vitne til vold	38
4.4	HENSYNET TIL FASTBOSTEDSFØRELDEREN	40
4.5	ANDRE BEGRUNNELSER FOR TILSYN	42
4.5.1	Fare for kidnapping/bortføring	42
4.5.2	Usikkerhet rundt samværsforelderens væremåte	42
4.6	HVEM SKAL GJENNOMFØRE TILSYNET?	43
5.	<u>AVSLUTNING</u>	46
5.1	OPPSUMMERENDE DRØFTELSE	46
5.2	SISTE ORD	48

<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>50</u>
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER</u>	<u>A</u>

FIGUR 1

1 INNLEDNING

1.1 PRESENTASJON AV EMNE

Siktemålet for denne oppgaven er å belyse samværsretten etter barneloven og spesielt de problemstillinger som viser seg ved bruk av tilsyn under samvær. Det er lov om foreldre og barn av 8.april 1981 nr.7 (heretter barneloven) som regulerer samværsretten og de andre familierettslige forhold. Loven gjelder i dag for alle barn uavhengig av foreldrenes ekteskapelige status. I den senere tid har barnets medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett blitt styrket mye grunnet denne loven.¹ Barneloven er sentral når foreldrene skiller lag og regulerer blant annet spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Norsk skilsmiseforskning viser at vold i familien er en vesentlig årsak til skilsmisse.² Barnekonvensjonen som trådte i kraft 2.september 1990 og som Norge ratifiserte i 1991 er også sentral innenfor samværsretten. Den tar sikte på barns særlige stilling og behov.³

Når det gjelder tilsynsordningen i forbindelse med samvær dukker det opp flere problemstillinger. Eksempler på dette er: når skal det være tilsyn, hvilke krav skal stilles til tilsynspersonen, hva er tilsynspersonens oppgave og hva er formålet med tilsynet? Det finnes ingen klar og tydelig regel for når det skal settes tilsyn som vilkår for samvær. Det beror alltid på en konkret og skjønnsmessig vurdering. I denne oppgaven ønsker jeg å sette hovedfokus på de mest alvorlig tilfeller av tilsynsbruken. Det vil være de tilfeller der det er mistanke om vold, overgrep eller annen alvorlig omsorgssvikt.

¹ Smith (2007) s.19

² Skjørten (2004)

³ Smith (2009)

I dag kan domstolene i særlige tilfeller pålegge departementet å oppnevne en tilsynsperson.⁴ Særlige tilfeller vil her typisk være de jeg nettopp refererte til.

1.2 METODEKAPITTEL

Drøftelsene i denne oppgaven vil ta utgangspunkt i alminnelig rettskildelære. Lovteksten vil stå sentralt ved fremstillingen av samværsretten. Ordlyden i lovteksten byr enkelte steder på tolkning. Dette medfører at forståelsen av bestemmelsene ikke alltid kan utledes av ordlyden alene. Her vil forarbeidene være sentrale kilder og sammen med lovteksten vil de kunne fastsette reglens innhold. De relevante forarbeider til barneloven sine bestemmelser om samvær er blant annet Ot.prp.nr.103 (2004-2004), Ot.prp.nr.104 (2008-2009) og NOU 2008:9.

I min domsanalyse har jeg valgt å bruke dommer fra lagmannsretten. Mange av disse dommene ankes videre, men få saker kommer igjennom til Høyesterett. Dette var årsaken til at jeg valgte å se på dommer fra lagmannsretten. Saker etter barneloven krever en konkret vurdering i hver enkelt sak og Høyesterettspraksis vil derfor ikke være av like stor betydning som innenfor andre rettsområder. Rettens oppgave er å komme frem til hva som vil være til barnets beste. Rettskildeværdien av underrettspraksis er noe omstridt⁵, men jo flere avgjørelser som slutter seg til et tolkningsresultat, dess mer vekt vil de få som rettskildefaktor. Dette er noe annerledes innenfor barneretten. For selv om loven, forarbeider og enkelte Høyesterettsdommer som tar stilling til mer prinsipielle spørsmål, har lagt føringer for hvorledes domstolene vurderer barnets beste, er avgjørelsene i stor grad basert på skjønn.⁶ Derfor vil dommer fra Høyesterett innenfor barneretten ikke ha like stor verdi som et prejudikat som innenfor andre rettsområder.

Rettspraksis har en sentral plass i denne oppgaven og alle dommer jeg henviser til er hentet fra lovdata. Jeg sier mer om dommene og søkeprosessen under oppgavens del 4.

⁴ Barneloven §43

⁵ Eckhoff (2001) s.162

⁶ Skjørten (2004)

Juridisk teori blir ikke tillagt like stor betydning, som de ovenfor nevnte faktorer.⁷ Den juridiske litteraturen kan likevel være et nyttig hjelpemiddel til å belyse problemstillingene. De vil også kunne være en kilde til å finne frem til øvrige relevante rettskilder.⁸ Det er meget sjelden det forekommer saker etter barneloven angående samværsrett og tilsynsordning med likt faktagrunnlag. Disse tilfeller krever derfor en konkret og skjønnsmessig vurdering.

Jeg har kontaktet barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og fått informasjon om utredningen som nå foregår angående bruk av tilsyn under samvær. Trude Elisabeth Sveen er seniorrådgiver i BLD og leder denne utredningen. Det var også fra BLD jeg fikk tilsendt de nye retningslinjene om samvær under tilsyn. Jeg har også vært i kontakt med Advokat Sjak Rasmussen Haaheim. Han er tidligere politiadvokat og har barneretten som en av sine spesialområder. Han er også medforfatter av Politidirektoratets håndbok ”Politiets arbeid med vold i nære relasjoner.” Han har kommet med mye informasjon angående Høyesteretts ferske dom⁹ om barn som er vitne til vold.

1.3 DEN VIDERE FREMSTILLING

Kapittel to omhandler samværsretten. Jeg vil kort si noe om samværsretten generelt og deretter legge vekt på barneloven kapittel 6 sine bestemmelser og da spesielt på omfanget av samværsretten. Etter at dette er klarlagt vil jeg i oppgavens del 3 gå nærmere inn på bruken av tilsyn under samvær. Her har jeg lagt vekt på de tilfeller der det finnes mistanke om vold og overgrep, og vil derfor si mer om disse begrepene. Prinsippet om barnets beste er grunnleggende i barneretten og er derfor et viktig prinsipp i forbindelse med samvær og tilsyn. Dette behandles nærmere under punkt 3.4. Til slutt i del 3 vil jeg gå nærmere inn på

⁷ Eckhoff (2001) s.26

⁸ Eckhoff (2001) s.26

⁹ HR-2010-1426-A

bruken av tilsyn: Hvem som kan utføre tilsynet, hva tilsynspersonens oppgave består i og omfanget av tilsynet. Jeg har også skrevet om FN sin studie om vold mot barn.

I oppgavens del 4 gjennomgås lagmannsrettsdommer fra 2009 som omhandler spørsmål om samvær med tilsyn og ikke samvær etter barneloven. Her vil jeg belyse problemstillinger for fastsettelse av samvær og se på hva retten velger å begrunne sine avgjørelser med.

2 SAMVÆRSRETEN

2.1 GENERELT OM SAMVÆRSRETEN

De norske lovbestemmelser som regulerer det juridiske forholdet mellom barn og foreldre har gjennomgått en stor utvikling de siste 100 årene. Barnelovgivningen fra 1915 hadde ingen regler som ga rett til samvær med barnet. I 1940 avsa Høyesterett en plenumsdom.¹⁰ Her kom Høyesterett frem til at en fortolkning av loven fra 1915 hjemlet adgang for domstolene til å bestemme at den av foreldrene som ikke hadde foreldreansvaret, skulle ha rett til samvær med barnet.

I dag er det et utgangspunkt i loven at barnet skal kunne opprettholde kontakt med begge sine foreldre etter et samlivsbrudd. Hvordan foreldrene klarer å samarbeide etter at samlivsbruddet er et faktum er av stor betydning for barnets omsorgssituasjon. Godt foreldresamarbeid med fokus på barnets situasjon er et mål for lovgiver.¹¹

I barneloven §42 slås det fast som et prinsipp at barnet har rett til samvær med begge sine foreldre, og at foreldrene er ansvarlige for at denne rettigheten blir oppfylt. Prinsippet gjelder uavhengig av om foreldrene har vært gift eller bodd sammen etter barnets fødsel, og uansett hvilken kontakt det tidligere har vært mellom barnet og foreldrene. Prinsippet

¹⁰ Rt.1940 s.155

¹¹ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova.

bygger på det syn at det normalt vil være av stor betydning for barnet å ha kontakt med begge foreldrene. Dette ble lovfestet allerede i 1969, men den gang gjaldt det kun for barn født av gifte foreldre.¹²

Foreldrenes rett til samvær går frem av barneloven §43. Utgangspunktet her er at den av foreldrene barnet ikke bor fast hos, skal ha samværsrett hvis ikke annet er fastsatt eller avtalt. Hensikten med lovfestingen av samværsretten var å styrke rettsstillingen til den av foreldrene som ikke bor fast sammen med barnet, og å redusere konfliktene omkring samværsretten.¹³ Det er opp til foreldrene å avtale omfanget av samværet på bakgrunn av hva de mener er best for barnet. Dersom foreldrene ikke klarer å bli enige, må den av foreldrene som krever forandring i den foreliggende samværsordningen, få fastsatt dette av retten.

Avgjørelser om samværsrett skal etter barneloven §48 rette seg etter det som er best for barnet. Hvilke momenter som kommer inn i vurderingen av barnets beste vil jeg behandle nærmere nedenfor.

2.2 LOVENS BESTEMMELSER

2.2.1 Barnelovens kapittel 6

Barneloven kapittel 6 fastsetter rettsstillingen angående samværsrett for en forelder som ikke bor sammen med barnet. Det omfatter både de tilfelle der forelderen har del i foreldreansvaret, samværsrett uten foreldreansvar, og for en forelder som verken har foreldreansvar eller samværsrett.¹⁴

Samværsretten gir rett til umiddelbar kontakt med barnet og går derfor lenger enn til å ha besøksrett. Kapittel 6 har kun regler om kontakt med barnet i form av samvær. Andre

¹² NOU 2008:9

¹³ Smith (2007) s.170

¹⁴ Backer (2008) s.380

former for kontakt faller derfor utenfor bestemmelsene i dette kapitlet. Hensynet til barnets beste står alltid som et overordnet prinsipp.

2.2.2 §42 Barnets rett til samvær

Formålet med denne regelen er å understreke barnets behov for kontakt med begge foreldrene og for kontinuitet i foreldrekontakten. Samværsretten gjelder kun i forhold til de rettslige foreldrene. Er barnet adoptert, har det rett til samvær med adoptivforeldrene.¹⁵ Foreldrene har gjensidig ansvar for at barnets rett til samvær blir oppfylt, dette følger av §42 første ledd annet punktum. Den er med på å understreke foreldrenes plikt til å oppmuntre og legge til rette for samvær med den andre forelder. I 1991 avsa Høyesterett en dom der denne plikten ble avgjørende for spørsmålet om hvor barnet skulle ha fast bosted.¹⁶ Moren i denne saken hadde gjennom flere år motsatt seg og hindret faren i å ha samvær med deres nå 7 år gamle sønn. Hensynet til barnets kontakt med begge foreldre ble funnet tungtveiende nok til at foreldreansvaret ble overført til faren. Retten legger vekt på at moren konsekvent har hindret samvær og det legges til grunn at hun fortsatt effektivt vil hindre en samværsrett mellom far og sønn, dersom hun også i fremtiden får omsorgen for gutten.

Annet ledd gir regler om forholdet mellom samværsberettigede og barnet ved samvær. Bestemmelsen gjelder både for den som har samværsrett uten felles foreldreansvar og de som har samværsrett etter barnelovens §45. Etter §42 annet ledd første punktum har barnet krav på omsorg og omtanke fra den som er sammen med barnet. Forventingen og kravet til omsorg og omtanke stiller seg likt ovenfor samværsforelder og fast bostedsforelder.¹⁷ Dersom dette ikke blir oppfylt, kan det gi grunnlag for en ny vurdering av samværsretten.¹⁸

¹⁵ Backer (2008) s.385

¹⁶ Rt.1991 s.1148

¹⁷ Backer (2008) s.386

¹⁸ Barneloven §§48 og 64

Samværsforelderen har videre en selvstendig rett til å treffe dagligdagse avgjørelser for barnet under samværet, jf. §42 annet ledd annet punktum. Disse avgjørelsene tar sikte på daglige gjøremål som for eksempel måltider, påkledning og leggetider.

Bostedsforelderen kan legge føringer på barnets oppdragelse generelt, som bør respekteres under samværet. Dette må igjen avveies mot hensynet til at barnet skal bli kjent med samværsforelderen på dennes premisser.

2.2.3 §43 Omfanget av samværsretten

2.2.3.1 Det beste for barnet

Etter barneloven §43 har den av foreldrene som ikke bor fast sammen med barnet, rett til samvær. Utgangspunktet er at foreldrene selv kan komme frem til omfanget av samværet ut fra hva som er til det beste for barnet. I annet ledd er det listet opp noen momenter som det skal legges vekt på ved vurderingen av hva som er til barnets beste. Disse er hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, barnets alder, barnets tilknytning til nærmiljøet, reiseavstand mellom foreldrene og hensynet til barnet ellers.

Hensynet til best mulig foreldrekontakt har i de siste årene blitt tillagt stadig større vekt av domstolene, og er nå lovfestet som retningsgivende ved den skjønnsmessige vurderingen i §43. Hensynet til best mulig foreldrekontakt kommer sterkest til uttrykk i saker som gjelder tvist om fast bosted. Argumentet er da at den av foreldrene som best kan sørge for jevnlig kontakt med begge foreldrene, vil være best skikket til å ha barnet boende hos seg.

Samtidig er det minst like viktig for en del barn med et regelmessig og ordnet samvær, som det er med et omfattende samvær.¹⁹ Her vil momentet med reiseavstand og barnets alder ha betydning. Dersom foreldrene bor langt fra hverandre kan det bli en utfordring for barnet med lang reise til skolen og følge opp forskjellige fritidsaktiviteter. Et samvær som passer fint for de minste barna trenger ikke passe for de litt større. Et kvalitativt godt samvær vil i mange tilfeller være like bra for barnet som et kvantitativt omfattende samvær.²⁰

¹⁹ NOU 2008:9

²⁰ NOU 2008:9 s.62

2.2.3.2 Vanlig samvær

Barneloven har en legaldefinisjon av vanlig samværsrett i §43 annet ledd siste punktum. I dag lyder den ”ein ettermiddag i veka med overnatting, annakvar helg, tilsaman tre veker i sommarferien, og annankvar haust-, jule-, vinter - og påskeferie”.²¹

I forbindelse med lovendringene i 2006²² foreslo departementet å ta bort legaldefinisjonen av vanlig samværsrett, og heller lovfeste foreldrenes avtalefrihet og prinsippet om barnets beste. Det var delte meninger om dette forslaget og departementet ble stående ved å beholde legaldefinisjonen. Det ble lagt vekt på den signaleffekt definisjonen har når det gjelder omfanget av samværsretten. Den gangen var legaldefinisjonen av vanlig samværsrett en ettermiddag i uken, annenhver helg, 14 dager i sommerferien og jul eller påske.

1.juli 2010 trådte den siste endringsloven²³ i kraft, og vi fikk den definisjonen vi har i dag. Bakgrunnen for den siste lovendringen var behovet for en ytterligere konkretisering av samværsordningen.²⁴ Utvalget i Ot.prp.104 (2008-2009) mente at den tidligere definisjonen var for upresis og for knapp, og at den heller ikke ga uttrykk for den endring som har skjedd i samfunnet de siste årene med hensyn til omfanget av samværet. Det var usikkerhet rundt hvilken dag i uken det skulle være ettermiddagssamvær, når helgen starter og slutter og hvor mange dager samværet i de forskjellige feriene skulle vare. Stortinget og regjeringen uttaler i proposisjonen at noen familier nok ville ha kommet frem til et enda mer omfattende samvær dersom det ikke hadde vært en slik legaldefinisjon i loven. Regjeringen mente likevel at det er viktigere at de som har lite samvær blir sikret et minimum. Departementet ønsket i likhet med utvalget å utvide definisjonen. Den ble med lovendringen i 2010 slik utvalget foreslo med at ettermiddagssamværet utvides med overnatting og at samvær i ferier utvides fra to til tre uker.

²¹ Barneloven §43 annet ledd fjerde punktum

²² Lov-2006-04-07-6

²³ Lov 2010-04-09-13

²⁴ Ot.prp.nr.104 (2008-2009)

I mange tilfeller vil den vanlige samværsretten ikke passe særlig bra. Legaldefinisjonen slik den står i loven forutsetter at det ikke dreier seg om veldig små barn og at foreldrene ikke bor langt fra hverandre. Dersom avstanden mellom foreldrene tillater det, kan det for de litt større barna passe bedre med et samvær som finner sted mer sjeldent men over en lengre periode. Dette vil være forskjellig i de ulike tilfeller og det er viktig at hver familie kommer frem til den beste løsningen for barnet.

Der kontakten og samarbeidet mellom foreldrene er dårlig, vil det være behov for en klar og tydelig presisering av samværet.

2.2.4 Når skal det ikke være samvær?

Lovens utgangspunkt er som nevnt at barn skal ha samvær med foreldre de ikke bor sammen med. Det følger imidlertid av barneloven §48 at samværsrett ikke skal finne sted der dette ikke er til det beste for barnet. I forbindelse med de tidligere nevnte lovendringene i 2006 ble dette presisert ved at §43 første ledd fikk følgende tilføyelse: ”Dersom samvær ikkje er til det beste for barnet, må retten avgjere at det ikkje skal vere samvær.” Denne tilføyelsen trådte i kraft 7.april 2006, og bidrar til å gjennomføre barnekonvensjonen artikkel 19 nr.1. Bestemmelsen innebar ikke store realitetsendringer i forhold til det som var gjeldende rett. Ettersom lovgiver allikevel valgte å ta inn bestemmelsen i loven, er det naturlig å tenke at det var behov for en klarere presisering på område. Backer uttaler i sin kommentarutgave til barneloven at bestemmelsen antageligvis vil føre til at overgrepssrisikoen får større vekt i vurderingen fremfor mulige langsiktige skadevirkninger for barnet av å miste kontakt med en forelder.²⁵

Den nærmere skjønnsmessige vurderingen er overlatt til domstolene. Etter forarbeidene tar denne bestemmelsen særlig sikte på situasjoner hvor barnet har vært utsatt for, eller det er fare for at barnet vil bli utsatt for, vold og/eller overgrep.²⁶

²⁵ Backer (2008) s.388

²⁶ Ot.prp.nr.103 (2004-2005)

Tidligere rettspraksis ga følgende veiledning for når det skal nektes samvær. I Rt.1989 s.148 uttaler Høyesterett at ”Dersom samvær helt skal nektes en far eller mor på grunn av vedkommendes personlige egenskaper, må det normalt dreie seg om negative egenskaper ut over normal variasjonsbredde. Motvilje mot samvær hos den barnet bor sammen med, grunnet på motsetninger mellom foreldrene, engstelse for barnet eller lignende vil i utgangspunktet ikke hindre samværsrett...”

Hva som ligger i ”ut over normal variasjonsbredde” fremstår som uklart. Men det er ikke tvil om at det her må dreie seg om negative egenskaper av ganske stor betydning.

Et annet eksempel fra Høyesterett har vi i Rt.1994 s.1394. Her ble det vurdert om det forelå grunnlag for nektelse av samvær mellom far og datter. Far hadde i dette tilfelle vært fysisk og psykisk voldelig ovenfor mor, mens barna hadde vært vitner. Retten fant saken vanskelig, men kom frem til at det ikke var noe ved farens personlige egenskaper eller forhold som kunne være til hinder for samværsrett. Det ble videre lagt til grunn at barna ikke ble utsatt for noen risiko ved å være sammen med far.

Etter denne dommen har det skjedd en del forandringer i rettstilstanden når det gjelder barn som har vært vitne til vold. En fersk dom fra Høyesterett²⁷ omhandler akkurat denne problemstillingen. Her slår Høyesterett fast at barn som lever i voldelige hjem og som opplever at den ene forelderen krenker den andre, har selvstendig og uavhengig rettigheter som ofre i strafferettslig forstand. Den gir barn et sterkere vern mot å bli ofre for vold i hjemmet og barnevernet vil ha tyngre skyts til disposisjon for å forhindre at barna følger tilbake til voldshjemmet.²⁸

Jeg vil komme tilbake til denne dommen og barn som vitne til vold senere i oppgaven.

Det skal på tross av ny rettspraksis mye til før samvær kan nektes helt. Det skal i utgangspunktet foreligge helt spesielle forhold. Utenom de tilfeller som er nevnt, kan det nektes samvær der barnet kraftig motsetter seg samværet og det vil være skadelig for barnet

²⁷ HR-2010-1426-A

²⁸ Haaheim (2010)

dersom denne motviljen trosses.²⁹ Spørsmålet her blir i hvilken grad det er mulig å fremtvinge gode relasjoner mellom forelderen og barnet i fremtiden? Hvor går grensen for å tilrettelegge for etablering av kontakt der barnet sterkt motsetter seg dette? Undersøkelser om dette viser at barn som opplever at de ikke har noen innflytelse på samværet, øker frustrasjonen og misnøyen når de blir eldre. Noen barn velger å kutte kontakten med samværsforelderen når de blir myndige og selv kan bestemme.³⁰

I barneloven har vi en bestemmelse³¹ som sier at et barn som er fylt 7 år skal få si sin mening før det tas avgjørelser som innvirker på deres personlige forhold. Når barnet er fylt 12 år skal det legges stor vekt på deres mening. Dette innebærer at barn over 12 år meget sjelden vil bli tvunget til samvær. Allikevel er det ikke alltid at barn selv vet hva som er til det beste for dem, og deres mening blir derfor ikke tillagt vekt i alle situasjoner. Barnets mening skal tillegges vekt etter hvor gammelt og modent det er.³²

Det kan også nektes samvær der hvor konfliktnivået foreldrene imellom er så høyt at dette skader barnet. Dette er et moment som ikke i seg selv kan begrunne samværsnekt, men som sammen med øvrige konfliktrelaterte momenter kan gi grunnlag for at det ikke skal være samvær.³³

3 BRUK AV TILSYN UNDER SAMVÆR

3.1 GENERELT OM BRUK AV TILSYN UNDER SAMVÆR

Etter barneloven §43 tredje ledd kan det fastsettes vilkår for gjennomføring av samværsretten. Vilkårene kan gjelde sted for samværet og hvem som skal være tilstede

²⁹ Skjørten (2010)

³⁰ Skjørten (2010)

³¹ Barneloven §31 annet ledd

³² Barneloven §31 første ledd annet punktum

³³ Kjølberg (2006) s.111

under samværene. Men det kan også settes vilkår for hva slags innhold samværet skal ha. Der samværsforelderen ikke har del i foreldreansvaret vil han eller hun i større utstrekning måtte respektere bostedsforelderens verdimønster og oppdragelse.³⁴

Bestemmelsen i §43 tredje ledd tar spesielt sikte på bruk av tilsyn. Ved bruk av tilsyn skal det være en tredjeperson tilstede under samværet mellom samværsforelderen og barnet. Samvær under tilsyn er et vesentlig inngrep i samværsretten, men det kan være en gunstig løsning fremfor å nekte samvær fullstendig. Tilsyn kan være en bra løsning for eksempel i en overgangsperiode der barnet har hatt liten eller ingen kontakt med samværsforelderen tidligere, eller i de tilfeller hvor det er fare for at den ene forelderen skal bortføre barnet.³⁵

Tilsynsordningen blir ofte brukt der det finnes mistanker om overgrep, vold, rusmisbruk eller annen form for omsorgssvikt. Disse sakene byr på store utfordringer i forhold til å skulle ta hensyn til barnets sikkerhet og hensynet til at barnet skal ha best mulig kontakt med begge foreldrene. Allikevel er det her ingen tvil om at barnets sikkerhet og barnets beste må gå foran hensynet om retten til samvær.

I den videre fremstilling vil jeg ha hovedvekt på vold og overgrepstilfellene.

3.2 BARNELOVENS §43 TREDJE LEDD

Barneloven §43 tredje ledd lyder:

”Det kan i avtale eller dom setjast vilkår for gjennomføringa av samværsretten. Dersom tilsyn vart sett som vilkår for samvær, kan retten i særlege høve påleggje departementet å oppnemne tilsynsperson. Departementet kan gje forskrifter med nærmare føresegner om oppnemninga av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjering for dette.”

³⁴ Backer (2008) s.401

³⁵ Kjølberg (2006) s.118

Bestemmelsen i annet punktum kom til ved lovendringen av 7.april 2006. Den nærmere regulering av slikt tilsyn ble fastsatt i forskrift.³⁶ Av denne forskriften kommer det blant annet frem at det offentlige dekker kostnadene for tilsyn inntil 16 per år timer, jfr.

forskriften §2 og at tilsynspersonen vanligvis er en ansatt ved det regionale familievernkontoret, jfr. forskriften §1. Et vilkår om tilsyn under samvær vil kunne oppfattes som er sterkt inngrep i foreldrenes rett. Det er derfor kun aktuelt som løsning dersom ordinært samvær ikke vil være til barnets beste.³⁷

Hva som ligger i ”særlege høve” sier forarbeidene noe om. Særlege høve tar sikte på situasjoner hvor det anses som positivt for barnet å kunne ha et visst samvær, men hvor dette ikke kan skje uten tilsyn. Det er ikke meningen at tilsyn skal brukes ved samvær av vanlig omfang. Tilsyn vil typisk være aktuelt hvor det er snakk om to til fire samvær i året med en varighet av to til fire timer.³⁸

3.3 VOLD OG OVERGREP

3.3.1 Forståelse av begrepene vold og overgrep

Bestemmelsen i barneloven §43 tredje ledd annet punktum var et av tiltakene etter Ot.prp.nr.103 (2004-2005), med formål om å beskytte barn enda bedre mot blant annet vold og seksuell misbruk fra sine omsorgspersoner. Det er en grunnleggende målsetning at barn skal gis god og forsvarlig omsorg og ikke utsettes for overgrep. Hensynet til barnets beste som et overordnet prinsipp står sterkt både i norsk og internasjonal rett.

Fysisk vold mot barn er når barnet skades eller mishandles ved aktive handlinger innenfor sin omsorgsramme.³⁹ Foreldrenes rett til fysisk avstraffelse er avskaffet. Dette innebærer at

³⁶ FOR 2006-12-07 nr.1360

³⁷ NOU 2008:9

³⁸ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s.55

³⁹ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s.21

enhver bruk av fysisk vold, også i oppdragelsesøyemed, vurderes etter straffelovens bestemmelser om legemskrenkelser og legemsfornærmelser.⁴⁰

Det finnes mange definisjoner på forståelsen av begrepet vold, og vi skiller ofte mellom den fysiske og den psykiske volden. Den fysiske volden kan typisk være slag eller spark, men også lugging, klyping og lignende er å anse som fysisk vold. Psykisk vold kan være at man blir utsatt for trusler, tvinging, trakassering, mobbing, isolering, ydmyking osv.

Psykisk vold mot barn kan ofte bestå i at omsorgspersonen skaper redsel og usikkerhet hos barnet. Denne typen vold kan være vel så skadelig som den fysiske volden.

De siste årene har fokuset økt på barn som er vitne til vold i hjemmet. Ofte er det far som utøver vold mot mor og barnet ser og opplever dette som en del av hverdagen, jfr. også punkt 3.3.4. Det er vanskelig å anslå hvor mange barn som er vitne til vold i hjemmet. NOU 2003:31 anslår at det er mellom 12.000 og 24.000 norske barn som årlig opplever at mor utsettes for vold.

Begrepet overgrep omfatter også seksuelle overgrep mot barn. Disse overgrepene blir ofte begått av personer som har foreldrerolle, omsorgsrolle eller står i en nær relasjon til barnet. Seksuelle overgrep innebærer blant annet at barnet tvinges, skremmes eller lures til samleie eller andre seksuelle handlinger. Den juridiske definisjonen av seksuelle overgrep finner vi i straffeloven kap.19 om seksualforbrytelser. Vi skiller mellom begrepene seksuell handling og seksuell omgang. Eksempler på seksuell handling kan være beføling eller berøring både utenpå og innenfor klærne. Seksuell handling er straffbart etter straffeloven §200 når det skjer med noen som ikke har samtykket til det eller med barn under 16 år, som er den seksuelle lavalder i Norge. Seksuell omgang er mer alvorlig enn seksuell handling. Begrepet omfatter samleie, men er ikke begrenset til det. Definisjon av samleie finner vi straffeloven §206. Straffeloven §195 omhandler seksuell omgang med barn under 14 år, mens §196 omhandler seksuell omgang med barn under 16 år. Forskjellen er at

⁴⁰ Straffeloven §§228 og 229

strafferammen er strengere etter §195 og villfarelse i forhold til alder vil ikke bli tatt hensyn til, noe som kan skje etter §196.

3.3.2 Bevisbyrden i saker om samvær

I tvister om samvær kan det komme frem påstander fra den ene av foreldrene om vold og overgrep fra den andre. I slike tilfeller må retten ta stilling til hvilken betydning dette skal få for avgjørelsen. En slik vurdering kan også oppstå der den ene forelderens ønsker at barnet skal ha tilsynsordning under samvær med den andre forelderens. Dersom retten legger påstanden om vold og overgrep til grunn vil det bli en ny vurdering på hvor stor vekt dette forholdet skal få i en barnets beste vurdering. Momenter som kommer inn her er hvor alvorlige overgrepene er, og hvor skadelige disse er eller har vært for barnet.⁴¹

Det kan være svært vanskelig å vite om påstander om vold og overgrep medfører riktighet. Bevisbyrden vil naturligvis bli annerledes her enn etter straffeloven bestemmelser, som krever det bevist utover enhver rimelig tvil. På den ene siden står hensynet til barnets og den ene forelderens mulighet til kontakt og familieliv, og på den andre siden står hensynet til å beskytte barnet mot overgrep.

Tvister om foreldreansvar, fast bosted og samvær blir behandlet etter tvisteloven. Denne loven inneholder ingen regel om hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at et faktisk forhold skal kunne legges til grunn. Det synes likevel som det er en alminnelig enighet i norsk teori og praksis at hovedregelen er at retten skal legge til grunn det faktum som fremstår som mest sannsynlig.⁴² Begrunnelsen er at det er dette alternativet som totalt sett vil gi flest riktige avgjørelser. I tillegg kan det ikke være tvil om at hensynet til å beskytte barn mot vold og overgrep må stå noe sterkere enn hensynet til samvær. Ivaretagelse av barns sikkerhet kan tilsi at sannsynlighetsovervekt anses tilstrekkelig eller

⁴¹ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s.24

⁴² Ot.prp.nr.103 (2004-2005)

at overvektsprinsippet fravikes slik at det kreves en mindre grad av sannsynlighet enn 50 prosent.⁴³

3.3.3 Barnekonvensjonen artikkel 19

Barnekonvensjonen trådte i kraft 2. september 1990 og ble ratifisert av Norge i 1991. I 2003 ble barnekonvensjonen med tilleggsprotokoller inkorporert gjennom menneskerettsloven⁴⁴ §2. Konvensjonen gjelder i dag som norsk lov og skal ved motstrid gå foran andre bestemmelser i loven. Den har dermed en meget sterk stilling i norsk rett.

Barnekonvensjonen artikkel 19 omhandler barns rett til ikke å bli utsatt for vold og overgrep fra foreldre eller andre omsorgspersoner. Denne bestemmelsen skal beskytte mot alle former for vold, mishandling og omsorgssvikt. Barnekomiteen sin definisjon av fysisk vold omfatter enhver fysisk maktanvendelse som har til hensikt å forårsake smerte eller ubehag.⁴⁵

Etter artikkel 19 nr.1 skal partene ”treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak” for å beskytte barnet mot omsorgssvikt og overgrep. Statene er altså forpliktet til å treffe alle egnede tiltak og dette er en sterk forpliktelse. Retten til dette vernet etter artikkel 19 er ivaretatt flere steder i norsk rett. Et eksempel på det er barneloven §30 som i dag lyder: ”Barnet må ikke bli utsett for vald eller på annen vis bli utsatt slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare.” Denne beskyttelsen har barn også etter straffeloven, men den blir ytterligere forsterket ved at den er tatt inn i barneloven. Et annet eksempel på at artikkel 19 er ivaretatt i norsk rett er nettopp bruk av tilsyn under samvær etter barneloven §43 tredje ledd. Denne bestemmelsen tar som tidligere nevnt sikte på å beskytte barn mot vold og overgrep fra sine omsorgspersoner.

⁴³ Ot.prp.nr.103 (2004-2005)

⁴⁴ Lov av 21.mai 1999 nr.30

⁴⁵ Hennum (2009)

Vi har også andre bestemmelser i internasjonal rett som beskytter barn mot vold. Eksempler på dette er de såkalte torturbestemmelsene i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter art.66, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art.3 og Barnekonvensjonen art.37 punkt a. Disse bestemmelsene er viktige fordi de er unntaksfrie og går foran andre rettigheter i konvensjonene. I saker etter barneloven er det viktig å understreke at familiemedlemmenes rett til privatliv og familieliv virker i den utstrekning hensynet til å beskytte barnet tilsier det.⁴⁶ Dette følger av unntaksreglene i familiebestemmelsene, som for eksempel EMK art.8. Denne bestemmelsen tillater inngrep i privatlivet til foreldre og barn dersom inngrepet har nasjonal lovhjemmel, et akseptabelt formål og er nødvendige i et demokratisk samfunn.

3.3.4 Barns opplevelse av vold og overgrep

Barneombudet etablerte 13.desember 2006 en ekspertgruppe bestående av barn som har erfaringer med vold i familien. Dette resulterte i rapporten ”Å leve med vold i familien...” I denne rapporten kommer det frem at enkelte av barna sa ja til samvær selv om de egentlig ikke ville. Pressmidler fra foreldre ble opplevd som vanskelig og flere av barna sa at det var viktig at noen var med dem på samvær, selv der foreldrene kun har vært voldelig mot den andre forelderen, og ikke selve barnet. Et eksempel på pressmiddel fra en far var ”Hvis dere ikke ser meg, så savner dere meg ikke.” Slike uttalelser setter barna i en meget vanskelig situasjon og de vil lett kunne komme i en lojalitetskonflikt og føle at de må velge mellom mor eller far. Slike konflikter kan være meget uheldige for barn.

Barn kan altså rammes av vold på flere måter, både direkte og indirekte ved at de er vitner til vold, da i de fleste tilfeller slik at far eller stefar utøver vold mot mor. At far utsetter mor for gjentatt vold utgjør en uholdbar omsorgssituasjon for barnet og er å betrakte som alvorlig omsorgssvikt.⁴⁷ Begrepet overgrep omfatter således også å være vitne til vold.

⁴⁶ Oppedal (2008)

⁴⁷ NOU 2003:31

Å være barn innebærer ofte at man er i et avhengighetsforhold til sine omsorgspersoner. Dess mindre barna er, dess mer avhengig er de av sine nærmeste. Derfor vil det i de tilfeller det er omsorgspersonene som utøver volden mot barnet, oppstå en stor frykt og utrygghet hos barnet. Dette gjelder både der barnet direkte utsettes for vold og/eller overgrep og i de tilfeller der barn lever med volden, ved at det er vitne til vold.

3.3.5 Skadevirkninger

Det er ingen tvil om at skadevirkningene etter overgrep og vold kan bli svært alvorlige og den siste tiden har det også blitt større fokus på skadevirkninger der barn har vært vitne til vold og levd med volden tett innpå seg, uten fysisk å bli utsatt for vold selv. I NOU 2003:31 "Retten til et liv uten vold" blir det på side.63 ramset opp en del skadevirkninger som barn kan oppleve som følge av vold og overgrep. Blant disse finner vi angst, depresjon, voldelig atferd ovenfor andre, konsentrasjonsvansker, forsinket utvikling, tilpasningsvansker og sinne.

Barn som vokser opp i familier hvor det utøves vold vil ha ulike behov med utgangspunkt i voldens karakter, alder, kjønn, personlighet og lignende. Behovet for trygghet er grunnleggende og dette innebærer at barnet selv må kunne føle seg trygg på at det selv eller noen det står nær ikke skal utsettes for vold og/eller overgrep. Vold i familien kan ofte føre til samlivsbrudd, noe som igjen ofte fører til omsorgstvister og spørsmål om samvær. En fjerdedel av alle barn i Norge har foreldre som ikke bor sammen, og det er anslått at ca. 10 prosent av foreldre som flytter fra hverandre bringer spørsmål om bosted og samvær inn for retten.⁴⁸ I de tilfeller hvor barnet selv har vært utsatt for vold eller overgrep fra en forelder eller omsorgsperson som ønsker samvær, vil det kunne føre til samvær under tilsyn, alternativt nektelse av samvær. Men spørsmålet om bruk av tilsyn vil også kunne dukke opp i de tilfeller barnet har vært vitne til vold i hjemme, og på grunn av dette bærer stor frykt for samværsforelderen.

⁴⁸ Skjørten (2008)

3.4 BARNETS BESTE

Hva som ligger i barnets beste kan være en omfattende vurdering og det er et begrep som blir mye brukt i forbindelse med samvær og tilsyn under samvær. Derfor synes jeg det er viktig å gi en nærmere forklaring på hva som ligger i dette begrepet.

Etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr.1 skal barnets beste være det grunnleggende hensyn ”ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer...” Det fastslås altså at hensynet til barnets beste skal komme i første rekke og være et grunnleggende hensyn ved alle tiltak som gjelder barn. Innholdet av prinsippet varierer avhengig av hvilken kontekst man befinner seg innenfor, og det varierer fra kultur til kultur. Selve ideen er at man skal ta utgangspunkt i det enkelte barnets behov og forutsetninger. Videre vil det være av interesse hva som er til barnets beste i spørsmål om samvær.

Barn har helt grunnleggende behov for omsorg og beskyttelse og et stabilt og varig forhold til familien.⁴⁹ Prinsippet om barnets beste er ikke bare lovfestet gjennom barnekonvensjonen, men også i barneloven §48. Etter bestemmelsens første ledd skal avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær rette seg etter hva som er best for barnet. Det må tas en vurdering i forhold til det enkelte barn, dets bakgrunn og forutsetninger. Det vil derfor foretas en konkret og individuell vurdering i hver enkelt sak. Barnets beste er et dynamisk begrep og vil kunne forandre seg over tid. Det er allikevel noen momenter å forholde seg til ved vurderingen av barnets beste.

For det første vil barnets mening stå sentralt. Barnet har fra det er 7 år gammelt en rett til å si sin mening etter barneloven §31, og når barnet er fylt 12 år skal det legges stor vekt på hva barnet mener.

For det andre vil hensynet til best mulig foreldrekontakt og det biologiske prinsipp komme med i vurderingen. Det biologiske prinsipp går ut på at det gjennomgående vil være

⁴⁹ Haugli (2009)

i barnets interesse at foreldrene har omsorgen for det. Dette er også slått fast av Høyesterett.⁵⁰ Hensynet til størst mulig foreldrekontakt og det biologiske prinsipp vil her gjøre utslag av samme holdning.

For det tredje vil hensynet til stabilitet og kontinuitet i omsorgen være et moment å ta hensyn til.⁵¹ Med stabile forhold i hjemmet siktes det gjerne til ytre omstendigheter ved omsorgssituasjonen som boligsituasjon, arbeidsforhold og stabilitet i forhold til nye partnere.⁵² Gjentatte flyttinger og eller skifte av partnere vil ikke være gunstige og vurderes som negativt.

For det fjerde vil miljøskifte og den risiko som følger av det ha betydning. Miljøskifteargumentet kan grovinndeles i det ytre og det indre miljø. Med indre miljø siktes det til skifte av omsorgsperson og bolig samt endringer i hjemlige rutiner og det øvrige hjemmemiljøet. Det ytre miljø vil typisk være slekt, venner, skole, fritidsaktiviteter eller barnehage.

For det femte har vi hensynet til foreldrenes personlige egenskaper. Med personlige egenskaper siktes det for eksempel til omsorgsevne, væremåte og handlemåte. Ofte kommer forhold av betydning for personlige egenskaper frem under partsargumentasjonen, men kan også være et viktig argument under rettens drøftinger.

For det sjette kan hensynet til ikke å dele søsken og hensynet til barnets kjønn ha betydning for barnets beste. Det er viktig å understreke at deling av søsken ikke bør velges som en kompromissløsning som gir litt til begge foreldre. Det antas at det er best for barn å ha en oppvekst sammen med sine søsken, men i noen situasjoner kan det beste være at de vokser opp hver for seg.⁵³

⁵⁰ Rt.2001 s.14

⁵¹ NOU 2008:9

⁵² Skjørten (2005)

⁵³ Skjørten (2005)

Der det er aktuelt å nekte samværsrett er kriteriet barnets beste mer absolutt enn etter hovedregelen i §48 første ledd.⁵⁴ For foreldrenes avgjørelser om samvær er hensynet til barnets beste i utgangspunktet kommet til uttrykk også flere steder i loven. For eksempel i barneloven §§30 første og annet ledd og 42 annet ledd, begge sammenholdt med barnets medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett etter barneloven §§31-33.⁵⁵

Etter barneloven §48 annet ledd pålegger retten en plikt til å vektlegge at barnet ikke må bli utsatt for vold eller på annet vis bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsatt for skade eller fare. Dette gjelder som første ledd ved avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Denne bestemmelsen tar særlig sikte på vold og overgrep, men også annen omsorgssvikt omfattes. Det er barnets totale omsorgssituasjon som må vurderes.⁵⁶

Det var NOU 2003:31 som førte til barneloven §48 annet ledd.⁵⁷ Vedtakelsen av bestemmelsen representerte ikke en endring i gjeldende rett om betydningen av å beskytte barn mot vold og overgrep, men var en presisering fra lovgiver. Det var altså en innskjerpning av rettstilstanden som allerede var der, men hvor det var forhold som tydet på utglidninger i praksis.⁵⁸

3.5 UTFØRING AV TILSYN UNDER SAMVÆR

3.5.1 Innledning

En bestemmelse om bruk av tilsyn under samvær er i utgangspunktet et inngrep i foreldrenes rett. Bestemmelsen i barneloven §43 tredje ledd bør derfor brukes med varsomhet og er mest aktuell i de tilfeller hvor ordinært samvær ikke vil være til barnets beste. Erfaringer som til nå er gjort, tyder på at domstolene benytter bestemmelsen i et relativt stort omfang.⁵⁹ Særlig har ordningen visst seg å bli brukt i en utprøvingsfase frem

⁵⁴ Se barneloven §43 første ledd tredje punktum

⁵⁵ Backer (2008) s.471

⁵⁶ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s.56

⁵⁷ Føyd til med lov nr.40 2003

⁵⁸ Oppedal (2008)

⁵⁹ NOU 2008:3

mot samvær uten tilsyn, og eventuelt frem mot samvær av vanlig omfang. Det er også kommet frem at tilsynspersoner pålegges plikter som de oppfatter å ligge utenfor lovens regulering, blant annet å føre kontroll med foreldrenes rustilstand.

Det er kun de rettskraftige avgjørelsene som gir plikt til oppnevning av tilsynsperson. Kjennelser og rettsforlik har umiddelbar rettskraft, mens dommer ikke er rettskraftige før ankefristen er utløpt.⁶⁰ Det er dermed sentralt at regionkontoret avklarer dommers rettskraft før tilsyn iverksettes. Dersom dom er påanket, skal det ikke oppnevnes tilsynsperson på grunnlag av dommen.

Det mangler per i dag systematisk kunnskap om hvordan tilsynsordningen fungerer for de barn som deltar. Det viktigste spørsmålet er om ordningen totalt sett bidrar positivt til barnets livssituasjon og utvikling.

3.5.2 Hvem kan være tilsynsperson?

Etter den tidligere nevnte lovendringen i barneloven §43 kan nå det offentlige pålegges å oppnevne tilsynsperson i særlige tilfeller. Denne oppgaven er etter loven tillagt departementet, men er delegert til Barne-, ungdoms- og familieetaten på regionalt nivå. Den nærmere reguleringen av tilsyn ble som tidligere nevnt fastsatt i forskrift ”om nærare føresegner om oppnemning av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjering for dette.”

Etter forskriften⁶¹ §1 er det familievernmyndigheten som har ansvaret for oppnevningen av tilsynspersonen der dette er bestemt etter barneloven §43 tredje ledd. Det kan være en ansatt ved familievernkontoret eller en som kontoret inngår avtale med. Kravet som stilles til tilsynspersonen i denne forskriften er at han eller hun må være egnet i forhold til domspremissene for tilsynet, jfr. forskriften §1 annet ledd siste punktum.

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD) kom 25.juni 2010 med nye retningslinjer angående samvær under tilsyn. Retningslinjene kom altså etter domsmateriale fra min undersøkelse og retten hadde ikke disse å forholde seg til i de aktuelle dommene. BLD er nå i gang med en utredning av tilsynsordningen på bakgrunn av

⁶⁰ Tvisteloven §19-14

⁶¹ FOR 2006-12-07 nr.1360

merknader i stortingsdokumenter og erfaringer fra Bufetat. De vil fremover drøfte forslag til mulige endringer i tilsynsordningen for å oppfylle politiske mål rettet mot barn og foreldre. Eventuelle lovendringer vil ta tid, og disse retningslinjene vil derfor gjelde inntil andre bestemmelser gis i lov eller forskrift.

I disse retningslinjene kommer det frem at oppnevning av tilsynsperson i alle regioner heretter skal skje ved regionskontorene i Bufetat. Det er i vurderingen lagt vekt på hensynet til likebehandling og økt behov for tilsyn og kontroll på et område som viser stor grad av kompleksitet. Dette er ikke til hinder for at sak om oppnevning initieres ved et familievernkontor eller forberedes der, og familievernkontorene vil normalt ha en sentral funksjon når det gjelder å utrede saken og komme med forslag til en konkret tilsynsordning.⁶²

Ofte vil det være behov for at den instans som utpeker tilsynspersonen og tilsynspersonen selv har barnefaglig kompetanse og en viss kunnskap om vold og overgrep. Departementet har her kommet med noen føringer om generelle krav til egnethet ved utvelgelse av tilsynspersoner. Det bør tas i betraktning hvorvidt mulig tilsynspersonen har fremlagt eller kan fremlegge vandelsattest. Det bør ikke benyttes slektninger, venner eller bekjente av de berørte parter til å gjennomføre tilsynet. Der tilsynspersonen skal oppnevnes og bekostes av det offentlige, bør dette være en person med tilstrekkelig grad av faglig tyngde og profesjonalitet, og som ikke har noen tilknytning til partene på det private plan. Det vil i disse tilfeller være viktig med en tilsynsperson som har kunnskap om barn, deres oppførsel og reaksjonsmåter.

Det finnes også tilfeller der det ikke er nødvendig med tilsynsperson som har spesiell faglig bakgrunn. I situasjoner hvor formålet er å betrygge barnet eller i noen tilfeller også bostedsforelderen, kan det være mest hensiktsmessig med en person som barnet kjenner og føler seg trygg på, og at tilsynet er konstant.

Det er viktig at domstolene er bevisst på hva som er formålet med tilsynet og vurderer etter dette hva slags form tilsynet bør ha, og hvem som skal utføre tilsynet. Etter forarbeidene

⁶² BLD – Retningslinjer om samvær under tilsyn s. 2-3

må det som et utgangspunkt vises varsomhet med å la en av samværsforeldrenes slektninger gjennomføre tilsynet. Det vil kunne gi en tilfredsstillende sikkerhet mot eventuelle nye overgrep, særlig på bakgrunn av de lojalitetsbånd eller konflikter som kan foreligge.⁶³

3.5.3 Omfanget av tilsynet og tilsynspersonens oppgave

Tilsyn under samvær bør ikke tilkjennes i større grad enn det vil være til barnets beste. Det er også viktig at det ikke blir til en kompromissløsning for de tilfeller der samvær ellers ville blitt avskjæret helt. Bestemmelsen om tilsyn tar sikte på de situasjoner hvor det anses positivt for barnet å kunne ha et visst samvær, men hvor dette ikke kan skje uten tilsyn for å føre kontroll med at barnet ikke lider på noen måte. Bruk av tilsyn skal være begrenset til de særlige tilfeller og situasjoner hvor det kun er aktuelt med et sterkt begrenset samvær. For å sikre at omfanget med bruk av offentlig oppnevnt tilsynsperson får den intensjonen som stemmer overens med bestemmelsen, sier forskriftens §2 at pålegget om å oppnemne tilsynsperson kan omfatte inntil 16 timer samvær per år.

Formålet med samværet må hovedsakelig være at barnet skal få kjennskap til forelderen, og sikre et minimum av kontakt.

Etter forskriften §4 annet punktum har tilsynspersonen ingen oppgaver eller myndighet utover det å være tilstede under samværet, dersom ikke annet kommer frem av domspremissene. Hovedoppgaven til tilsynspersonen er altså å være til stede og observere både barnet og samværsforelderen, og samspillet mellom dem.

For at tilsynsordningen skal kunne fungere etter sin hensikt, er det viktig at formålet og tilsynspersonens rolle blir klart definert i domspremissene.⁶⁴

Når retten treffer en beslutning om tilsyn og om det nærmere innholdet i tilsynsordningen etter §43 tredje ledd, er det klart at et forvaltningsorgan ikke har kompetanse til å sette til

⁶³ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s.55

⁶⁴ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s. 55

side rettens pålegg ved å vedta å ikke etterkomme pålegget. Det kommer videre frem av retningslinjene at departementet er enig i at Bufetat har plikt til å oppnevne tilsynsperson der retten har gitt pålegg i tråd med lov og forskrift. Samtidig må det være klart at Bufetat ikke vil ha hjemmel til å oppnevne tilsynsperson i saker der retten ikke har gitt pålegg i tråd med lov eller forskrift. Det kan i avtale eller dom som kjent settes vilkår for gjennomføring av samværsrett, herunder tilsyn i privat regi. Det er imidlertid bare retten i særlige tilfeller som kan gi pålegg om at det offentlige skal oppnevne tilsynsperson og bekoste tilsynet. Tilsynspersonen har kompetanse til å avbryte samvær av hensyn til barnet ut fra nødrettslignende betraktninger. Dette kan for eksempel være hvis en forelder møter ruset til samvær, er voldelig eller truende. Barnevernstjenesten skal også umiddelbart kontaktes i slike tilfeller.⁶⁵

Utvalget i NOU 2008:9 mener at tilsynsordningen ikke lenger skal begrenses til de helt ekstraordinære tilfeller. De ønsker at bruken av tilsyn under samvær også skal være et reelt alternativ for domstolene der samvær med tilsyn er til barnets beste. Utvalget ønsker altså et utvidet anvendelsesområde, og mener at retten bør ha de nødvendige muligheter til å idømme ordninger som er til barnets beste i de konkrete tilfeller.⁶⁶ Et av forslagene som utvalget kom med var å øke antall timer tilsynspersonen kan benyttes fra 16 til 32 timer. Utvalget ser at dette vil medføre økte utgifter for det offentlige, men mener at en utvidet ramme vil gjøre det lettere å realisere fordelene ved ordningen, herunder hensynet til barnets beste. Før bestemmelsen om offentlig oppnevning av tilsynsperson ble tatt inn i loven, var domstolene henvist til å benytte slektninger eller andre nærstående personer der man ønsket et tilsyn under samværet. Dette reiste mange praktiske og økonomiske utfordringer.

⁶⁵ BLD - Retningslinjer om samvær under tilsyn (2010)

⁶⁶ NOU 2008:9 s.66

3.5.4 FN sin studie om vold mot barn.

I 2002 vedtok FNs generalforsamling å gjennomføre en verdensomspennende studie av vold mot barn. Verdens nasjoner samlet seg om behovet for å fokusere på hvordan vold påvirket barn nasjonalt og globalt.⁶⁷ Rapporten ble lagt frem 11. Oktober 2006.

Konklusjonen var nedslående. Studien viste at millioner av barn blir utsatt for vold og grove menneskerettighetsbrudd over hele verden, på tvers av kulturer og klasseskiller. Samtidig viste studien at vi voksne ikke gjør nok for å bekjempe volden. Den påpeker at vold mot barn finnes i alle verdens land og at det kun er 2.4 % av alle barn som har den samme beskyttelsen mot vold som det voksne mennesker har. Dersom man sammenligner Norge med andre land i verden er vi langt fremme når det gjelder å beskytte barn mot vold og overgrep, og spesielt de siste årene har det blitt satt et sterkere fokus på denne problematikken både i media og på den offentlige dagsorden blant politikerne. Norge er ett av 17 land som har totalforbud mot bruk av vold. Men også her hjemme blir mange barn utsatt for voldelige handlinger og også Norge har områder som kan forbedres.

Hvert femte år må den norske regjeringen sende en rapport til FN hvor de forklarer hva de gjør for at barn skal få rettighetene sine oppfylt i Norge. Rapportene skal inneholde en oversikt over tiltak landet har vedtatt som får virkning for barn og unges rettigheter, og en beskrivelse av framgang når det gjelder barn og unges muligheter til å nyte godt av disse rettighetene. Etter at FN har mottatt en slik rapport kommer barnekomiteen med sine bemerkninger og anbefalninger i et sluttdokument.

I februar 2008 ga Norge sin fjerde rapport til FNs barnekomité og 29 januar i år kom FN med sine sluttkommentarer⁶⁸. Her sies det noe om oppfølgingen av FNs undersøkelse av vold mot barn. ”Barnekomiteen merker seg med tilfredshet de tiltak parten har truffet for å følge opp anbefalingene i rapporten”. Komiteen er særlig tilfreds med handlingsplanen mot vold i nære relasjoner. Det var denne handlingsplanen som resulterte i den nye

⁶⁷ BLD (2006)

⁶⁸ CRC/C/NOR/CO/4

bestemmelsen⁶⁹ i straffeloven om vold i nære relasjoner. Videre merker komiteen seg at det er fremmet forslag om endringer i barneloven når det gjelder vold mot barn, og at dette nå er til behandling i Stortinget.

Komiteen anbefaler Norge å: *”treffe alle nødvendige tiltak for å følge opp anbefalningene i FN-rapporten om vold mot barn (A/61/299), samtidig som det tas hensyn til sluttdokument og anbefalninger fra de regionale konsultasjonene for Europa og Sentral-Asia... Komiteen ber partene vie særlig oppmerksomhet til anbefalningene om å:*

- 1) forby alle former for vold mot barn*
- 2) prioritere forebygging*
- 3) sikre barns medvirkning*
- 4) styrke det internasjonale engasjementet”*

Videre ønsker komiteen at anbefalningene blir brukt som et redskap for handling, i samarbeid med det sivile samfunn og særlig med medvirkning fra barna selv. Dette for å sikre at alle barn blir beskyttet mot alle former for fysisk, psykisk og seksuell vold og for å bekjempe disse. Anbefalningene fra komiteen er ikke juridisk bindende for landene og det følger ingen sanksjoner dersom et land ikke følger oppfordringene. Systemet bygger på politisk vilje og det ligger en forventning om at myndighetene jobber for å følge opp anbefalningene i perioden mellom rapporteringene.⁷⁰

⁶⁹ Straffeloven §219

⁷⁰ Barneombudet (2008)

4 LAGMANNSRETTSDOMMER FRA 2009.

4.1 INNLEDNING

I denne delen av avhandlingen har jeg valgt å gjøre en undersøkelse av rettspraksis om samvær og bruken av tilsyn under samvær. Hovedmateriale til denne undersøkelsen er lagmannsrettsdommer fra 2009, men jeg vil også komme med noen eksempler fra andre dommer. Alle dommene omhandler fast bosted og/eller spørsmål om samvær, og partene i saken er barnets foreldre. Jeg søkte på ”*samvær etter barneloven*” og dette resulterte i 34 dommer, fordelt på fem lagmannsretter.⁷¹ Søket ble utført i lovdata og representerer et tilfeldig utvalg lagmannsrettsdommer fra året 2009. 10 av dommene var prosessuelle avgjørelser, og ikke av interesse får denne avhandlingen. I 15 av dommene var hovedspørsmålet i saken fast bosted, og samværsspørsmålet kom som en følge av det. I ni av dommene var det samværsspørsmålet som var hovedspørsmålet. Ut ifra det utvalget av dommer som jeg har undersøkt her, er det en klar tendens til at tilsyn eller ikke samvær blir idømt i de sakene hvor hovedspørsmålet er samvær (7 av 9 saker), mens det er vesentlig mindre i de sakene hvor fast bosted er hovedspørsmålet (2 av 15 saker). Ser vi bort ifra de 10 prosessuelle avgjørelsene er det til sammen 9 av 24 saker som omhandler bruk av tilsyn eller ikke samvær. Dette utgjør ca 37 prosent. Det er vanskelig å gi noen forklaring på hvorfor dette tallet er så høyt. Noe av grunnen kan være at i de sakene som går til retten er det to parter som er meget uenige, de klarer ikke å komme til noen fornuftig løsning og konfliktnivået er ofte veldig høyt. Det er rimelig å anta at dette tallet innebærer en viss økning fra tidligere, noe også forarbeidene antyder. Etter bestemmelsen om offentlig oppnevning av tilsynsperson kom inn i barneloven kan det også ha vært med på å skape en økning av tilsynsbruken.

Målet med denne undersøkelsen er å få en oversikt over hvilke av de utvalgte dommene som gir grunnlag for bruk av tilsyn og hvilke tilfeller som ikke gir rett til samvær overhode. Jeg vil undersøke hva tilsynet begrunnes i og hvem som gjennomfører tilsynet.

⁷¹ Se figur 1

Jeg har valgt i hovedsak å bruke de ni dommene som omhandler tilsyn/ikke samvær for å belyse de aktuelle problemstillingene under. Alle disse er enstemmige, tre av de er midlertidig kjennelser og seks er dommer.

4.2 BARNETS MEDBESTEMMELSESRETT

Etter barnekonvensjonen art.12 nr.1 har alle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter i alle saker som vedrører dem. Barnets synspunkter skal tillegges vekt i samsvar med dets alder og modenhet. Da denne bestemmelsen kom var den en nyskapning i internasjonal rett og den var kontroversiell, men den har stadig blitt bredere akseptert og kommet klarere frem i flere lover. Norge har vært et land som har stått i spissen når det gjelder barns rett til å bli hørt og da den norske barneloven kom i 1981 med bestemmelser om barns rett til å være med på avgjørelser, var det få andre land som hadde tilsvarende bestemmelser.⁷²

I norsk rett i dag er det barneloven §31 som er den sentrale bestemmelsen om barnets rett til å bli hørt. Det skal også etter denne bestemmelsen legges vekt på hvor gammelt og modent barnet er. Etter annet ledd gjøres det til en plikt å høre barnets mening fra det er 7 år gammelt og etter barnet er fylt 12 år skal det legges betydelig vekt på hva barnet mener. Det er viktig å presiserer at denne retten ikke bare gjelder i forhold til foreldrene, men overfor alle som har med barnets personlige forhold å gjøre.⁷³

I lagmannsrettsavgjørelsene blir barns meninger om samvær og bosted drøftet i flere saker. Et eksempel på at barnets mening blir tillagt betydelig vekt har vi i LB-2009-11517. Her var det en snart 10 år gammel jente som hadde bodd sine første 8 år av sitt liv hos mor. Moren hadde tidligere vært innlagt på sykehus for diabetes. Fra sykehuset kom det en bekymringsmelding til barnevernet over morens manglende innsikt i egen sykdom og hennes evne til å ta vare på datteren. Jenta ga klart uttrykk ovenfor den sakkyndige at hun ønsket å bo fast hos far og at hun ville det skulle være en person tilstede under samværene

⁷² Smith (2007) s.116

⁷³ Smith (2007) s.118

med mor. Bakgrunnen for dette var mors voldsomme sinne, kjefting, utspørring og negativitet i forhold til far og hans familie, trusler om å kaste leker, avskjære all kontakt og svare på spørsmål. Den sakkyndige uttalte videre at jenta har tatt et betydelig ansvar ved å fortelle om sine opplevelser med mor, at hun nå trenger tillitt til at de voksne ordner opp og at det derfor vil være ille om hun ikke vil bli hørt. Retten tok videre i betraktning at barn ofte kan bli påvirket av foreldre i den situasjonen de er i, men fant likevel at det må legges betydelig vekt på jentas uttrykte mening. Dette begrunnet de med at hun er en ressurssterk jente og på flere måter meget moden for sin alder ved at hun synes å avveie de ulike hensyn og ha selvstendige meninger. Retten kom her frem til at jenta skulle bo fast hos sin far med begrenset samvær under tilsyn med mor.

I LB-2008-132074 finner vi et eksempel på at barnets mening ikke blir tillagt avgjørende vekt. Her var det en 8 1/2 år gammel gutt som motsatte seg samvær med sin far. Gutten hadde flere ganger vært vitne til vold i hjemmet og ønsket på bakgrunn av dette ikke å treffe sin far. Etter den sakkyndiges rapport fremsto gutten som moden og godt utviklet og han begrunnet sitt standpunkt på en konsis måte. Retten mente derimot at det fremsto som uklart hvorfor gutten ikke ønsket samvær og begrunner dette i andre årsaker som for eksempel motstand fra morens omgivelser. Retten uttaler *”Alt i alt er retten av den oppfatning at man i denne saken ikke kan legge avgjørende vekt på barnets mening. Til det tilsier de øvrige forhold for sterkt at det vil være til barnets beste at han får ha samvær med faren sin.”* Her konkluderer altså retten med at det er til barnets beste å ha noe samvær med far, selv om barnet selv ikke ønsker det. Far fikk i denne dommen begrenset samvær under tilsyn av tredjeperson.

Siste eksempel jeg vil komme med i forbindelse med barnets medbestemmelsesrett er LB-2009-102317. Dette er en noe spesiell sak der far ikke fikk samvær med noen av sine tre barn grunnet risiko for seksuelle overgrep og vold. Barna var 3, 5 og 6 år gamle og alle tre hadde en sterk motvilje mot å se sin far. Retten sier om dette *”Som utgangspunkt kan ikke motvilje mot samvær tillegges særlig vekt når barna er svært unge. I denne saken er imidlertid motviljen svært fremtredende.”*

Disse eksemplene viser at barnets mening ofte blir tillagt betydelig vekt, men at det også kan være andre skjønnsmessige hensyn som til sammen tilsier en annen løsning enn det barnet ønsker. Det beror også her på en helhetsvurdering av hver enkelt sak og prinsippet om barnets beste står sterkt. Det siste eksemplet fra mitt domsmateriale viser at svært unge barn også kan bli hørt og at mindre barns meninger vil bli tillagt vekt dersom særlige grunner taler for det. Det at sjuårsregelen ble tatt inn i norsk rett var ikke ment som å frata yngre barn retten til å bli hørt. I følge barnekomiteen har alle barn denne retten uansett alder, dersom de er i stand til å uttrykke seg.

Av annen forskning vet vi at barn fra tiårsalderen som ikke ønsker samvær med en forelder som har utøvd overgrep, får sitt ønske oppfylt. Men vi ser ofte at det for yngre barn fastsettes samvær under tilsyn begrunnet med at begrenset og kontrollert samvær vil kunne danne et grunnlag for bedre kontakt mellom forelderen og barnet i fremtiden.⁷⁴

Skjørten gjorde en undersøkelse av lagmannsrettsdommer fra januar 2006 til juli 2007. Av de dommene som omhandlet barn under sju år, kom barnets mening frem i kun ti prosent av sakene. Samme undersøkelse ga også en indikasjon på at barnet ofte høres om det som regnes som hovedspørsmålet i saken. Barnet vil altså bli hørt om samværsspørsmålet i samværssaker, mens der hovedspørsmålet er fast bosted vil det bli hørt om hvor det selv ønsker å bo fast. De fleste saker der fast bosted er hovedspørsmålet i saken omhandler også spørsmål om samvær, men her ble barnas synspunkter kun innhentet i en fjerdedel av sakene.⁷⁵

En arbeidsgruppe bestående av fagpersoner har skrevet en veileder⁷⁶ om de nye saksbehandlingsregler i barneloven som trådte i kraft 1.april 2004. Veilederen er skrevet

⁷⁴ Skjørten (2010)

⁷⁵ Skjørten (2010)

⁷⁶ Veileder Q-15/2004 Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn.

med utgangspunkt i saker som behandles i første instans for domstolene da det antas at det er tingrettene som i stor grad vil benytte seg av de nye virkemidlene.

Barnet kan høres ved at dommeren har en samtale med barnet på sitt kontor. Dommeren kan også la seg bistå av sakkyndige eller annen egnet person, eller la en sakkyndig ha samtaler med barnet alene jf. barneloven §61 første ledd nr.4. Når den sakkyndige eller dommeren snakker med barnet, er det viktig at en sikrer at barnet har forstått informasjonen riktig. Å bli hørt kan for noen barn bety at de opplever et direkte eller indirekte ansvar for foreldrenes eller domstolenes beslutninger. Dette må søkes motvirket. Det er videre viktig at barn først og fremst skal få anledning til å si noe som er knyttet til hva de ønsker om framtidsrettede forhold. Selv om ikke barnet ønsker å ta stilling til for eksempel hvem av foreldrene han eller hun skal bo fast sammen med, kan andre opplysninger om barnets dagligliv, aktiviteter og venner gi verdifull informasjon som kan få betydning for rettens avgjørelse.

Barn på forskjellige alderstrinn vil ofte håndtere det å bli hørt av en dommer eller en sakkyndig svært forskjellig. Dette vil være avhengig av erfaringsbakgrunn, temperament, tilknytningsforhold, generell utviklingsstatus med videre. Vi kan også se store variasjoner innenfor like alderstrinn. Noen barn snakker fritt og ubundet, og klarer å gi et tydelig uttrykk for hva de mener. Andre barn ønsker ikke å si så mye, men uttrykker seg gjennom kroppsspråk og væremåte. Dette forteller oss at det kan være flere måter å høre barn på. Tolkning av kroppsspråk, oppførsel og trivsel er spesielt viktig i forhold til de minste barna som ikke er store nok til å kunne uttrykke seg verbalt. Et eksempel på dette har vi i LB-2009-102317 som jeg viste til ovenfor. De tre barna på 3,5 og 6 år hadde hatt en bemerkelsesverdig fremgang etter at samvær med far hadde opphørt. Dette legger også lagmannsretten til grunn for sin avgjørelse og uttaler på side.6 i dommen: *"...de har nå langt på vei en alderadekvat adferd. C har begynt i første klasse på skolen, hvor han gjør det meget bra. Han er utadvendt og har mange venner. D er ikke lenger aggressiv, men en positiv gutt. E er også langt roligere og blidere, og alle barna sover svært godt om natten."*

4.3 FARE FOR VOLD OG OVERGREP

4.3.1 Oversikt

Av de ni dommene hvor tilsyn blir vurdert kommer retten i tre av sakene frem til at det ikke skal være samvær. I tre av dommene blir tilsynet begrunnet i fare for vold eller overgrep. I en dom legger retten til grunn at barnet ikke direkte har vært utsatt for vold, men at det mest sannsynlig har vært vitne til vold, og tilsyn blir derfor løsningen. Dette er en problemstilling jeg vil komme tilbake til. I de to siste dommene er det ikke anført fra noen av partene at det har forekommet vold eller overgrep og tilsynet blir begrunnet med andre årsaker. I denne undersøkelsen av tilsynssaker er det altså konkludert med vold og/eller overgrep i seks av ni saker.

I dommene presenteres partene og barna i saken, avgjørelser fra tidligere instans, partenes argumenter, rettens vurdering og begrunnelse for dommen. Ofte er det slik at ett av momentene har vært avgjørende eller tungtveiende for rettens beslutning, og i noen tilfeller har retten lagt flere momenter til grunn for sin avgjørelse. Bevisspørsmålet i saker angående vold og overgrep er ofte vanskelige. I noen tilfeller kan det foreligge en straffesak mot samme part som krever samvær og utfallet i straffesaken trenger ikke å være i tråd med utfallet i samværssaken. Med dette sikter jeg til at det i straffesaker stilles et høyere krav til grad av sannsynlighet enn det gjøres i saker etter barneloven. I straffesaker kreves det at det er bevist utover enhver rimelig tvil at den som står tiltalt faktisk er skyldig. En slik regel finnes ikke etter tvisteloven, men praksis er at retten legger til grunn det faktum som fremstår som mest sannsynlig, altså mer enn 50 prosent. Se mer om bevisvurderingen under 3.3.2. I den videre fremstilling vil jeg prøve å belyse de momenter som er lagt til grunn i domsmateriale.

4.3.2 Vold og overgrep som begrunnelse for tilsyn

LB-2009-112435 er en midlertidig kjennelse angående samvær. Mor hadde anmeldt far for vold og overgrep mot en fem år gammel gutt. Straffesaken mot faren var enda under etterforskning da samværsspørsmålet kom opp. Gutten kom med meget detaljerte beskrivelser av overgrepne til sin fastlege og retten så på disse beskrivelsene som meget

alvorlige både for det tilfelle at de var korrekte og for det tilfelle at beskrivelsene skulle være fremkommet etter påvirkning fra andre. Moren sin påstand var her at det ikke skulle være samvær mellom far og sønn.

Det sies ingenting om hvor sannsynlig overgrepene anses for å være, og retten trekker ingen klar konklusjon på om det faktisk har forekommet overgrep. Retten vurderer det slik at det må være et overordnet mål å skape mest mulig trygghet og ro for gutten, og kommer etter en samlet vurdering til at det beste for barnet er å få et meget begrenset samvær med sin far som blir satt til en gang i måneden under tilsyn. Selve samværet begrunnes i prinsippet om barnets beste og at det vil skape et best mulig grunnlag for den vurderingen som skal tas i hovedforhandlingen senere. Det sies ikke direkte i dommen, men jeg tolker det slik at retten vurderer det som sannsynlig at overgrep har forekommet når de velger en slik løsning. Støtte for en slik tolkning gir uttalelsene fra LH-1997-00769. Saken gjaldt tvist om foreldreansvar, daglig omsorg og samvær for en 4 år gammel jente. Barnets mor mistenkte dets far for å ha begått seksuelle overgrep. Lagmannsretten uttaler på side 11 i dommen: *”Det foreligger en reell mulighet for at A (far) ved en eller flere anledninger har begått seksuelle overgrep mot C. Selv om overgrep ikke finnes bevist, innebærer bevisførselen at det likevel er mulig at overgrep har funnet sted ved en eller flere anledninger. Dette tilsier at det ikke skal tas noen risiko for fremtidige overgrep...”*

Mor beholdt i denne saken den daglige omsorg, foreldrene fikk felles foreldreansvar og far fikk samvær med nødvendig overgangsordning som innebar tilsyn under samværene.

At retten ikke finner det bevist at barnet har vært utsatt for overgrep, må ikke forveksles med at dommerne ser bort fra muligheten for at det kan ha skjedd.⁷⁷ Dette kommer også klart til uttrykk i LH-1997-00769. Det skal overhode ikke tas noen risiko for barnet i slike tilfeller. Der det ikke er aktuelt å gi samværsnekt, kan samvær under tilsyn bli en slags mellomløsning for å gi barnet tilstrekkelig beskyttelse.

LB-2009-191443 er også en midlertidig kjennelse, som gjaldt en jente på 2 år hvor mor hadde anmeldt far for seksuelle overgrep. Retten sier i denne saken klart og tydelig at en

⁷⁷ Skjørten (2004)

vurdering av det foreliggende materiale tilsier at det mest sannsynlig ikke har funnet sted noe overgrep. Her gir altså retten en konklusjon på hva den mener er mest sannsynlig, i motsetning til det den gjør i LB-2009-112435.

Beskyldningene om overgrep står strekt i avgjørelsen og retten sier også her at det av hensyn til barnets sikkerhet kan legges vekt på påståtte overgrep selv om retten ikke anser det som mest sannsynlig at overgrep faktisk har funnet sted. Usikkerheten ved bevisvurderingen må i slike tilfeller inngå som et moment i totalvurderingen av om samvær ikke er til det beste for barnet.⁷⁸ Retten begrunner tilsynet i denne saken delvis med fare for vold og overgrep og delvis med at et samvær mellom far og datter vil gi retten et bedre grunnlag og bli bedre opplyst under hovedforhandlingene senere. Der retten er i tvil om det skal være samvær under tilsyn eller ikke samvær, vil det antageligvis være enklere å gi samvær under tilsyn i saker som kun gjelder for en kort periode og frem til en hovedforhandling. Dette begrunnes gjerne i at det vil gi en bedre opplyst sak når endelig avgjørelse skal tas.

4.3.3 Ikke samvær

I tre av avgjørelsene fra min undersøkelse ble det altså bestemt at det ikke skulle være samvær mellom barnet og den forelder barnet ikke bodde fast hos. Det interessante her er å finne ut av hvor grensen går for samvær med tilsyn og ikke samvær.

Den første dommen⁷⁹ gjaldt tre barn på 3, 5 og 6 år. Barna viste en påfallende seksualisert adferd og språkbruk etter samvær med far, noe som ga indikasjoner på seksuelle overgrep. Barnevernet ble koblet inn, og mor stanset samværsordningen med far. Etter samtaler barna hadde med mor og den sakkyndige kom det også frem mistanker om fysisk avstraffelse. Faren benektet at han hadde begått seksuelle handlinger eller vært voldelig ovenfor barna, men innrømmet at han ved noen anledninger hadde ”knipset” dem over fingrene. Lagmannsretten konkluderte her i likhet med den sakkyndige at barna ikke skulle ha

⁷⁸ Backer (2008) s.389

⁷⁹ LB-2009-102317

samvær med sin far og begrunnet dette med at barna hadde hatt en svært positiv utvikling etter at samværene opphørte. Den sakkyndige uttalte videre at samvær ville kunne føre til kraftige tilbakeslag hos barna. Det ble i dette tilfellet opprettet straffesak mot faren, men denne ble henlagt etter bevisets stilling.

Det skal som tidligere nevnt svært tungtveiende grunner til for å nekte samvær mellom foreldre og barn. Retten til familieliv er beskyttet av EMK artikkel 8 og omfatter samvær mellom foreldre og barn. Denne bestemmelsen går ut på at dersom det offentlige skal gjøre inngrep i familielivet, må inngrepet være i samsvar med loven og det må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Hensynet til barnets beste vil være en tilstrekkelig begrunnelse for å nekte samvær etter norsk rett, jfr. barneloven §43 første ledd, annet punktum.

I forhold til straffesaken mot far som ble henlagt, vil dette ikke være i strid med uskyldpresumsjonen i EMK artikkel 6 nr.2.⁸⁰ Lagmannsretten bemerker at bevisspørsmålet for om far har forgrepet seg på barna er vanskelig. Det vil alltid være en risiko for at barn finner på slike historier eller at den er influert av andre. I dette tilfellet var det barnehagepersonalet som slo alarm om barnas oppførsel og indikasjonene på overgrep var flere og hadde ulike kilder. Lagmannsretten legger derfor til grunn at risikoen for at seksuelle overgrep har funnet sted og vil kunne finne sted i fremtiden, er så reell og konkret at det er riktig å ta hensyn til dette ved fastsettelsen av samværet. Den fysiske avstraffelsen er også et moment med i vurderingen, sammen med sterk motvilje fra alle tre barna mot å treffe sin far.

Det kan være vanskelig å trekke en klar grense mellom denne dommen og dommene som ga samvær under tilsyn. Dette henger sammen med at disse sakene alltid behandles konkret og etter en skjønnsmessig vurdering. Rettens begrunnelse faller som regel alltid tilbake på prinsippet om barnets beste og som i denne dommen er det ofte flere momenter det tas hensyn til i vurderingen. Det kan tyde på at retten vurderer risikoen for eventuelle overgrep større i LB-2009-102317 enn i de tidligere nevnte dommene. I den grad man kan trekke

⁸⁰ Backer (2008) s.390

noen konklusjon vil det være at jo større sannsynligheten og risikoen for overgrep og vold er, jo større er muligheten for at retten kommer frem til at det ikke skal være samvær.

Den andre dommen⁸¹ det ikke skal være samvær, gjaldt to gutter som var 8 og 14 år gamle. Far var her domfelt for drap på guttenes bror og for fysisk og psykisk mishandling av moren og de to barna, og sonet en dom på 20 års fengsel. Dette er en spesiell sak da den også omhandler drap og fordi far i dette tilfellet faktisk er domfelt for å ha utført vold mot sin kone og deres felles barn. Lagmannsretten legger her til grunn de forhold som fremkommer av den rettskraftige straffedommen.

Mor og barn har fått konstatert varige psykiske skader som følge av fars fysiske og psykiske vold gjennom mange år og dette legger retten vesentlig vekt på. Retten uttaler *”Selv et kontrollert samvær, under tilsyn fra uhildet tredjeperson vil, slik lagmannsretten ser det, med stor sannsynlighet føre til at gjenoppbygging etter det traume barna har gjennomlevd, settes i fare.”*

Det trekkes også inn andre momenter, blant annet at ingen av barna ønsker å treffe sin far og at det kan virke reduserende på mors omsorgsevne i forhold til barna dersom de blir tvunget til å ha samvær med far. I to av dommene fra min undersøkelse blir hensynet til den forelderen som har den daglige omsorgen tillagt vekt. Ved at barnas fremtidige utvikling i stor grad vil avhenge av den forelderen som har omsorgen, vil retten kunne legge vekt på at samvær med den andre forelderen vil være en alvorlig belastning for omsorgsforelderen.⁸²

Den tredje dommen⁸³ gjaldt en 6 år gammel gutt. Hans far var utvist fra Norge, men krevde samvær frem til han skulle forlate landet. Faren var domfelt for vold og trusler mot mor og hun var på grunnlag av de tidligere voldshandlinger usikker og redd for hva far kunne finne på å foreta seg med barna. Det som er spesielt for denne saken er at retten først sier at det kan avtales samvær, men at det i tilfelle må skje med bistand fra tredjeperson. Samtidig

⁸¹ LF-2009-96263

⁸² LF-2009-96263 og LB-2008-132074

⁸³ LH-2009-69391

uttaler retten at den ikke finner grunnlag for å oppnevne tilsynsperson etter barnelovens §43 tredje ledd annet punktum. Verken mor eller far kjenner eller har personer som kan bistå som tredjeperson under samvær og retten finner det da ikke mulig å gjennomføre samvær som sikrer at barnets beste blir ivaretatt.

Foreldreansvaret er også til behandling i to av disse tre dommene og fedrene blir i begge sakene fratatt foreldreansvaret. Disse tre eksemplene der retten kommer frem til at det ikke skal være samvær, er i utgangspunktet ganske forskjellige. Seksuelle overgrep står sentralt i den første dommen, vold og drap i den andre, mens det i den tredje er delvis hensynet til mor og at partene ikke kan finne egnet tilsynsperson.

Det finnes ingen klar grense på når det skal være samvær under tilsyn og når det ikke skal være samvær. Dette fordi det skjer en konkret og skjønnsmessig vurdering i hver enkelt sak. Slik jeg tolker dommene er det i de tre sistnevnte en høyere alvorlighetsgrad. Far er også i to av dommene domfelt for strafferettslige handlinger. Det at far er domfelt, er ikke i seg selv noen forutsetning for at retten skal bestemme at det ikke skal være samvær, men det sier noe om hvor alvorlige disse sakene er. Retten legger den strafferettslige dommen til grunn og sannsynligheten for at vold og/eller overgrep har funnet sted, drøftes ikke i samme grad som det gjøres i de sakene der det ikke foreligger en domfellelse for vold. De tre dommene omhandler til sammen seks barn fra alderen 3 til 14 år der alle har vist motvilje til samvær med sine fedre. Fem av disse barna er under 12 år og fire av disse igjen er under 7 år. Flertallet av disse barna er altså under 7 år, men deres meninger blir allikevel tillagt betydelig vekt.

4.3.4 Vitne til vold

I en dom⁸⁴ fra min undersøkelse legges det til grunn at barnet har vært vitne til vold i hjemmet. Saken gjaldt en gutt (C) på 8 år som ikke ønsket samvær med sin far (A). Retten fant det uklart hvorfor gutten ikke ønsket samvær og konkluderte med at det kunne være ulike årsaker til dette. Barnet hadde i samtale med sakkyndige gitt bestemt uttrykk for at han

⁸⁴ LB-2008-132074

ikke ønsket samvær med far fordi han hadde vært slem mot både ham og moren.

Sakkyndige hadde ingen holdepunkter for at å anta at det gutten fortalte ikke var oppriktig, men retten la ikke avgjørende vekt på guttens mening fordi de øvrige forhold i saken tilsa at det ville være til barnets beste å ha samvær med sin far.

Retten sier på side fire i dommen: *”Det er sannsynlig at C var vitne til noe av den psykiske og fysiske mishandlingen. Retten finner ikke holdepunkter for at As aggresjon gikk direkte utover C. Retten finner det således ikke sannsynliggjort at A opptrådte voldelig eller aggressivt overfor C.”*

Det legges altså til grunn at far ikke har vært voldelig ovenfor barnet og han får samvær under tilsyn. Når retten i sin oppsummering prøver å forklare guttens vegring mot samvær blir det ikke nevnt noe mer om at han har vært vitne til farens vold mot moren. Retten begrunner det heller i andre ting, som for eksempel morens og hennes omgivelser sin motstand mot samvær. Selve tilsynet begrunnes i en helhetsvurdering ut ifra hva som er til det beste for barnet. Her blir også hensynet til moren sårbarhet og at et påtvunget samvær vil kunne virke negativt på henne tatt med i vurderingen.

Den siste tiden har det blitt et sterkere fokus på barn som er vitne til vold i hjemmet.

Nylig avsa Høyesterett⁸⁵ en dom om akkurat dette. Saken omhandlet straffelovens §219 og spørsmålet var om barn som har vært vitne til fysisk og psykisk mishandling i hjemmet, er vernet av denne bestemmelsen. Spørsmål om oppreisning i den anledning ble også drøftet. Dommen slår fast at barn som lever i voldelige hjem har selvstendige og uavhengige rettigheter som ofre i strafferettslige forstand og den gir dermed barn et sterkere vern mot å bli ofre for vold i hjemmet. Dette innebærer at der det blir straffesak mot gjerningsmannen for krenkelser mot mor, må det mest sannsynlig også opprettes straffesak for hvert av barna dersom det har vært vitne til krenkelsene.⁸⁶ Konsekvensene av dommen er ikke klarlagt og Advokat Haaheim uttaler at det nå knyttes spenning til hva riksadvokaten vil gjøre. Vil han instruere politiet til å opprette en straffesak per barn, eller regner han med at politiet gjør

⁸⁵ HR-2010-1426-A

⁸⁶ Haaheim (2010)

dette på egenhånd? Riksadvokaten har trukket en del retningslinjer om håndteringen av disse sakene.⁸⁷ Rent straffeprosessuelt mener Haaheim at dommen i HR-2010-1426-A er klar. Det skal opprettes en straffesak per fornærmede enten det er mor eller barn og både mor og barn har rett til bistandsadvokat/setteverge. Haaheim store poeng er at i og med barnet anses som fornærmet og det oppnevnes både setteverge og advokat, så har barnet i realiteten et bedre vern mot at mor flytter barna hjem til voldsmannen igjen.

Høyesterett uttaler i avsnitt 22: *”Den vedvarende utrygghet og betydelige risiko for langvarige skadevirkninger for voksne av å leve under systematisk vold, trakassering og annen mishandling, finner vi igjen hos barn som opplever at deres nærmeste utsettes for slike handlinger...Jeg finner det da ikke tvilsomt at den indirekte virkning mishandling av barnets nærstående har for barnet, kan representere en krenkelse etter bestemmelsen, slik at §219 gir barnet et selvstendig vern”*.

Som følge av denne avgjørelsen fra Høyesterett får barna ubetinget rett til setteverge, selvstendig rett til erstatning og rett til bistandsadvokat- uavhengig av de voksne.

4.4 HENSYNET TIL FASTBOSTEDSFØRELDEREN

I den første dommen jeg henviste til under 4.3.4 anførte moren til barnet at samvær med far kunne medføre at hun brøt sammen psykisk. Dette førte ikke frem, men det viser en interessant problemstilling. Kan samvær nektes av hensyn til den forelderen som har den daglige omsorgen?

Høyesterett avsa i 2007 en dom⁸⁸ som drøfter akkurat dette spørsmålet. Saken gjaldt samværsrett for far og en jente på 9 år som aldri hadde bodd sammen. Far var blitt nektet samvær fordi dette ville forverre mors helsetilstand og dermed redusere hennes omsorgsevne. Førstvoterende viser til to andre Høyesterettsdommer⁸⁹ av betydning for saken. I den første dommen uttaler retten at det må være riktig å bygge på en formodning om at det er til barnets beste å ha samvær også med en far eller mor som barnet ikke har

⁸⁷ Rundskriv nr.3/2008

⁸⁸ Rt.2007 side.967

⁸⁹ Rt.1995 side.946 og Rt.1996 side.888

bodd sammen med. Samtidig skal det alltid vurderes konkret om det foreligger forhold som vil føre til en annen konklusjon. I den andre dommen er det understreket at det skal ganske tungtveiende grunner til før samvær kan nektes helt. Motvilje mot samvær fra den barnet bor fast sammen med, grunnet på motsetninger mellom foreldrene vil i utgangspunktet ikke hindre samværsrett. Det er også understreket at domstolene ikke kan bøye av for eventuell motvilje og at det kreves at begge parter retter seg etter en endelig dom i saken. Da denne saken var til behandling i lagmannsretten⁹⁰ ble morens plager satt i direkte sammenheng med samværskonflikten, og retten var derfor bekymret for samværets konsekvenser for moren som omsorgsperson. Høyesterett så noe annerledes på saken angående årsakssammenhengen og barnets livssituasjon.⁹¹ De sakkyndige oppnevnt for Høyesterett vurderte det slik at moren hadde en forhøyet grad av mistenksomhet, et psykisk ustabilt reaksjonsmønster og et stort kontrollbehov. De uttalte også at det var vanskelig å si på forhånd om samvær mellom far og barnet rent faktisk vil forverre mors helsetilstand. Høyesterett kom frem til at barnet skulle ha vanlig samvær med sin far, men med en overgangsordning i begynnelsen.

Anførselene om at samvær kunne føre til at mor brøt sammen psykisk førte altså ikke frem verken i denne høyesterettsdommen eller i LB-2008-132074 fra min undersøkelse.

I LF-2009-96263 som også er nevnt under 4.3.3, begrunner retten sin dom med flere hensyn. Et av disse er hensynet til nettopp moren. Retten uttaler på side fem i dommen: *”Som tingretten er lagmannsretten av den oppfatning at gjennomføring av et samvær nå vil være en alvorlig belastning for mor ut fra sakens forhistorie. Dette er en belastning som lagmannsretten finner kan virke reduserende på hennes omsorgsevne i forhold til barna, noe som i seg selv taler i mot gjennomføring av samvær med far”*. Det skal her sies at forhistorien som retten sikter til er av meget alvorlig karakter, da far har blitt funnet skyldig i drap på en av deres felles barn. Men det viser uansett at hensynet til den forelderen som barnet bor fast hos kan få betydning for utfallet av saken.

⁹⁰ LB-2006-128637

⁹¹ Haugli (2007) s.3

4.5 ANDRE BEGRUNNELSER FOR TILSYN

4.5.1 Fare for kidnapping/bortføring

I tillegg til de årsaker og begrunnelser for tilsyn under samvær som jeg nå har gjennomgått, finnes det selvfølgelig også andre hensyn. I LB-2008-132074 anførte moren i saken at det forelå en reell kidnappingsfare dersom faren fikk ha samvær med deres sønn. Retten drøftet spørsmålet, men kom frem til at det ikke forelå noen slik fare. Faren fikk her samvær under tilsyn, men det ble begrunnet med andre årsaker enn fare for kidnapping. Retten drøfter kidnappingsfaren i et eget avsnitt i dommen. Selv om retten i dette tilfellet kommer frem til at risikoen for kidnapping ikke er av betydning, vil domstolene kunne legge kidnappingsfare til grunn for tilsyn, dersom risikoen er reell og stor nok.

4.5.2 Usikkerhet rundt samværsforelderens væremåte

I LB-2009-11517, også nevnt under 4.2 opplevde barnet en frykt for morens reaksjoner og hennes manglende evne til å justere sin væremåte. Dette ble tillagt betydelig vekt, slik at faren fikk den daglige omsorgen for jenta, mens moren fikk samvær under tilsyn av tredjeperson. Retten legger også i denne saken betydelig vekt på mors sinne og væremåte. Beskrivelsen fra barnet av moren og observasjoner av tilsynsførere stemmer godt overens og retten legger til grunn at moren synes å ha liten forståelse for barnets beskrivelser, liten evne til å sette seg inn i barnets situasjon, justere sin atferd og sette egne følelser til side. Disse beskrivelsene er mye av de samme som i den neste dommen jeg kommer til og domstolene ser ut til å legge vesentlig vekt på disse egenskapene hos en forelder som ønsker samvær.

LB-2008-111508 gjaldt en sju år gammel jente. Moren hadde fått den daglige omsorgen for jenta og spørsmålet for retten var omfanget av fars samvær. Moren til jenta ønsket at hun skulle ha samvær med sin far, under et forutsetning av at det var andre til stede under samværene. Dette begrunnet hun med at faren viste manglende innsyn i barnets følelser, ga henne uriktige virkelighetsoppfatninger og med at han skapte forvirring, frustrasjon og

sinne hos sjuåringen. Faren var i dette tilfelle domfelt for brudd på besøksforbud og plagsom adferd overfor moren med barnet til stede.

Sakkyndige har for lagmannsretten bemerket: ”...*Faren konstruerer en forståelse hos barnet som ikke er i tråd med virkeligheten. Barnet får en negativ og feilaktig oppfatning om seg selv og av sin mor og hennes liv. Dette forvirrer og frustrerer barnet. Dersom barnet protesterer kaller faren barnet for en løgner*”. På tross av dette mener de sakkyndige at barnet for sin egen personlighetsutvikling, har behov for et godt fungerende farsbilde. Retten uttaler videre at uavhengig av dette må det legges til grunn at barnet har et behov for å komme ut av sin motvilje mot å treffe sin far.

Denne saken dreier seg i stor grad om fars person og hans væremåte. Han viser blant annet ingen evne til å sette seg inn i barnets situasjon. Barnets behov og mors person er kommet i bakgrunnen. Denne dommen skiller seg noe fra de andre dommene, ved at det her ikke er fare for vold, misbruk eller at barnet skal bli utsatt for annen fysisk skade. Selve samværet begrunnes i barnets personlighetsutvikling, mens tilsynet begrunnes med farens manglende impulsstyring og delvis at moren skal føle seg trygg på situasjonen da barnet selv ikke ønsker å treffe sin far. Retten finner at den usikkerheten som knytter seg til fars væremåte ovenfor barnet gir grunnlag for at samværet må begrenses og at det i den første tiden bør være en profesjonell tilsynsperson under samværene. Dette bringer oss over til min neste drøftelse som handler om hvem som skal utføre tilsyn under samvær.

4.6 HVEM SKAL GJENNOMFØRE TILSYNET ?

Også her vil jeg ta utgangspunkt i dommene fra min undersøkelse og se på hva retten har kommet frem til i disse. Av de seks dommene som omhandlet tilsyn under samvær ble det i fire av disse presisert hvem som skulle være til stede under samværene. I de to andre dommene ble enten mor eller foreldrene i fellesskap satt til å finne egnet tilsynsperson.

I LB-2009-191443 pålegges familievernkontoret å stille med tilsynsperson og bestemme tid og sted for samværene. Etter dagens retningslinjer er det Bufetat som ville ha oppnevnt tilsynsperson, men det sentrale her er at det er det offentlige som er ansvarlig for

oppnevningen etter barneloven § 43 tredje ledd annet punktum. Det samme gjelder for LE-2008-111508 hvor det i slutningen blir presisert at ”Tilsynspersonen oppnevnes av vedkommende myndighet etter gjeldene forskrift.” Forskriften det her henføres til er forskrift av 07.12.2006 nr.1360. En forutsetning for samvær i denne saken var at det skulle være andre voksne tilstede under samværene. Farens voksne datter hadde sagt seg villig til dette, men retten uttalte at ”I den første tiden bør det i tillegg være bistand fra profesjonelle tilsynspersoner, som oppnevnes av vedkommende familiekontor...”

Etter ordlyden i barneloven §43 er det kun i ”særlige høve” at det kan pålegges departementet å oppnevne slik tilsynsperson og bekoste det. Det betyr med andre ord at retten anser at disse to dommene dekkes av ordlyden ”særlige høve”. I den førstenevnte dommen var det stor usikkerhet rundt bevisvurderingen for om det hadde skjedd seksuelle overgrep. Retten kom frem til at overgrep mest sannsynlig ikke hadde funnet sted, men at det var en viss fare for at det kunne skje i fremtiden. I den andre dommen var grunnlaget farens manglende impulsstyring, se mer under 4.5.2. Omfanget av tilsynet ble i begge dommene satt til 2 timer hver annen uke. Dette anses som er begrenset samvær, og er derfor i samsvar med forarbeidene⁹² der det presiseres at bestemmelsen tar sikte på de tilfeller hvor samværet er sterkt begrenset. Omfanget av samværet er også i samsvar med 16 timers regelen, da LB-2009-191443 er en midlertidig avgjørelse som skal gjelde frem til hovedforhandlingen i saken og det i LB-2008-111508 skal være offentlig tilsynsperson tilstede kun de fire første samværene, og deretter annen tilsynsperson som familien kommer frem til.

De to andre dommene hvor det er presisert hvem som skal gjennomføre tilsynet er LB-2009-112435 og LB-2009-165191. Disse dommene omhandler samme forhold. Retten kommer her frem til at barneverntjenesten og/eller psykolog, eller annen egnet fagperson skal være til stede under samværene. Omfanget av samværet ble her satt til 2 ½ time en gang pr måned. Disse sakene er også midlertidige avgjørelser som skal gjelde frem til hovedforhandlingene.

⁹² Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s.55

Tilfellene i de to siste dommene anser retten ikke å falle inn under barneloven §43 tredje ledd, men den anser det allikevel nødvendig at det er tilsyn under samværene. I LB-2009-11517 fikk far omsorgen og mor samvær under tilsyn. Her står det i domsslutningen at foreldrene i fellesskap skal søke å finne frem til en tredjeperson som er villig til å påta seg oppgaven. Dersom partene ikke blir enige skal far finne frem til en tredjeperson, og dersom ikke han heller klarer dette skal samvær likevel gjennomføres av en person som mor utpeker. Ordlyden krever ikke mer enn at tredjepersonen skal si seg villig til å være til stede under samværene. I utgangspunktet kan da dette være hvem som helst og det stilles ingen krav til at personen har noen faglig bakgrunn eller kompetanse. I utgangspunktet synes jeg ikke denne dommen skiller seg veldig mye fra LB-2008-111508. Begge disse sakene handler i stor grad om samværsforelderens væremåte ovenfor barnet og deres manglende evne til å styre sine handlinger. Jeg stiller derfor spørsmålstegn ved at retten velger to så forskjellige løsninger angående hvem som skal utføre tilsynet i to saker som er såpass like. Løsningen i LB-2009-11517 er et godt eksempel på hvordan rettstilstanden var tidligere, altså før bestemmelsen i barneloven §43 tredje ledd.

Siste eksemplet er LB-2008-132074. Her bodde barnet fast hos sin mor og fikk samvær under tilsyn med sin far. Retten sier her at samtlige samvær skal skje under tilsyn. Mor skal utpeke tilsynsperson og sørge for at han/hun er tilstede under samværene. Det blir videre satt en betingelse og det er at barnets morfar ikke skal være tilsynsperson. Utenom det settes det ikke andre krav til denne tredjepersonen. Retten bestemmer videre at dersom moren til barnet ikke utpeker en tilsynsperson og sørger for at denne er tilstede, skal samværene skje uten tilsyn. Her mener lagmannsretten at det beste for barnet vil være å ha samvær med sin far under tilsyn av en tredjeperson, samtidig som den sier at dersom man ikke finner frem til en slik tilsynsperson skal samværet allikevel gjennomføres. Jeg synes dette er betenkelig og mener at dersom retten først kommer frem til at samvær under tilsyn er til det beste for barnet, så bør også retten sørge for at dette faktisk skjer. Tilsynet ble begrunnet ut ifra en helhetsvurdering av flere hensyn som for eksempel barnets mening, hensynet til moren og beskyldninger om vold og overgrep. Det står ingenting i dommen om

hvem som eventuelt må bære kostnadene for tilsynet. Omfanget av samværet var i disse to dommene noe mer enn i de tidligere eksemplene.

Det som i utgangspunktet skal skille disse dommen fra hverandre er kravet til ”særlige høve” etter barnelovens §43 tredje ledd annet punktum. Slik jeg leser disse dommene er det vanskelig å se noen vesentlig forskjell på graden en særlige tilfeller. Dette bygger opp under teorien om at det ikke finnes noen fast praksis rundt denne bestemmelsen og at de nye retningslinjene som kom i juni 2010 er viktige og berettiget. Disse kan være med på å skape en fast praksis på når bestemmelsen om oppnevning av offentlig tilsynsperson skal tas i bruk. Ser vi på dommen i LH-2009-69391 viser også den hvor ulikt denne bestemmelsen er brukt. Her kom retten frem til at samvær mellom en 6 år gammel gutt og faren ikke var til det beste for barnet. Det som er interessant her er det retten sier på side fire i dommen: *”Lagmannsretten legger til grunn at samvær i tilfelle må skje med bistand fra tredjeperson...Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å oppnevne tilsynsperson etter barneloven §43 tredje ledd annet punktum. Lagmannsretten finner samlet at det ikke er mulig å pålegge samvær innenfor rammer som sikrer at samværet blir til Cs beste”*. Jeg stiller spørsmål ved at retten ikke finner denne saken å falle inn under ”særlige høve” , men at den blir sett på som så alvorlig at faren ikke får ha samvær med sin sønn. Det skal som tidligere nevnt sterke grunner til for å kunne nekte samvær fullstendig.

5 AVSLUTNING

5.1 OPPSUMMERENDE DRØFTELSE

Etter mitt domsmateriale som er fra året 2009, har det kommet nye retningslinjer fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Konsekvensen av disse retningslinjene kan være med på å skape en fastere praksis rundt tilsynsordningen. Det er enda for tidlig til å kunne se de store endringer, men dette vil den nærmeste fremtid vise.

Jeg valgte å dele oppgaven inn i to hoveddeler. En teoretisk del og en analysedel. Jeg ønsket med dette å sette leseren inn i de skrevne lover om samværsretten for så å gi et innsyn i hvordan lovene tolkes av domstolene.

Jeg var i kontakt med departementet og fikk her verdifull informasjon. Trude Sveen som er seniorrådgiver i BLD jobber nå med en fullstendig utredning av hele tilsynsordningen. Et av mine spørsmål til BLD var om de førte statistikk over bruk av tilsyn under samvær? Justisdepartementet og domstolsadministrasjonen har ansvaret for å føre statistikk, men det finnes ingen oversikt over hvor mange av samværssakene som ender opp med tilsyn. Sveen har blant annet innhentet alle pålegg som er oversendt til Bufetat i 2009 og gjennomgått disse. De kunne ikke oversendes grunnet taushetsplikt, men hun forteller at det er en klar tendens til at de formløse beslutningene er i flertall, det vil si at dommer og midlertidig avgjørelser i kjennelser etter barneloven §60 er i mindretall. Bufetat fikk i 2009 oversendt drøyt 100 saker, men det er ikke slik at alle de som har fått pålagt tilsyn, faktisk henvender seg til Bufetat.⁹³ Utredningen er ikke fullført. Den er foreløpig intern og det er ikke mulig å si når departementet går ut med resultatet. Bakgrunnen for denne utredningen var merknader i stortingsdokumenter og Bufetats erfaringer med ordningen.

Under punkt 3.2 om barnelovens §43 tredje ledd skriver jeg noe om ordlyden ”særlige høve” og at denne bestemmelsen skulle brukes med varsomhet. Av NOU 2008:9 som er et av de stortingsdokumentene BLD nå bruker i sin utredning, kommer det frem at domstolene benytter bestemmelsen i et stort omfang. Spesielt ser vi at samvær under tilsyn ofte blir brukt som en overgangsordning der det for eksempel har vært svært lite eller ingen kontakt mellom barnet og forelderen tidligere. Utvalget sier videre at det kan virke som en del positive tilbakemeldinger på bruk av tilsynsperson omfatter andre formål enn de som er trukket frem i forskriftene. Særlig har ordningen vist seg å være aktuell i en oppstarts- og utprøvningsfase frem mot samvær uten tilsyn. Dette kan tyde på en utvidende bruk av tilsyn i tiden fremover og at ordningen ikke kun vil være relatert til tilfeller med vold og

⁹³ Sveen (2010)

overgrep, slik jeg har hatt fokus på i denne oppgaven. Retningslinjene som nå er gitt, er føringer som var mulig å gi innenfor gjeldende rett, da den foreløpige gjennomgangen viste at det var behov for å gjøre noe med tilsynsordningen umiddelbart. Dette kan tyde på at det vil komme ytterligere føringer og lovendringer.

I domsmateriale mitt var det 15 av dommene hvor det ikke ble pålagt tilsyn under samvær. Jeg har gått igjennom anførslene til partene. Det bemerket seg da at det ikke i noen av dommene var anførsler om at det skulle være tilsyn under samværene. Det er allikevel ikke slik at partene må ha dette med i sin påstand for at retten skal pålegge at en tredjeperson er tilstede under samværene. Veldig ofte ser vi påstander som ”Samvær fastsettes etter rettens skjønn.” Slik er det også i praksis. Retten ønsker og jobber for å komme frem til den løsning som er til barnets beste og dette skjer etter en konkret og skjønnsmessig vurdering. Jeg har ikke brukt mye tid på disse dommene. Bakgrunnen for dette er at jeg ønsket å ha stor fokus på dommene angående tilsyn og ikke samvær, og fordi dette hadde blitt for omfattende for min avhandling. Disse dommene er allikevel av interesse og bringer frem problemstillinger som hadde vært spennende å se nærmere på. I forlengelse av min avhandling kunne det for eksempel være interessant å undersøke hvordan vold og overgrep blir behandlet i disse sakene sammenlignet med tilsynssaker.

5.2 SISTE ORD

Jeg bestemte meg tidlig i studiet for å skrive en masteroppgave innen barnerett og strafferett. Etter mye grubling falt valget på samværsretten og spesielt bruk av tilsyn under samvær. Den siste tiden har barneretten blitt et meget aktuelt tema, både i medier og på Stortinget. Det har blitt satt mye fokus på vold mot barn og vold i nære relasjoner. I tillegg har det vært mange saker i media om barn som har blitt drept av mor, far eller andre nære omsorgspersoner. Kristoffer-saken er her et eksempel som har satt sterke spor hos oss alle. Oppfatningen blant folket har vært og er nok fortsatt at strafferammene for vold og misbruk av barn er for lave. Jeg håper at denne oppgaven kan være med å sette fokus på barn sine rettigheter og barns rettssikkerhet.

6 Litteraturliste

- Andenæs, Johs. Spesiell strafferett og formuesforbrytelse. Oslo, Universitetsforlaget 2008
- Backer, Inge Lorange. Barneloven Kommentarutgave 2.utg. Oslo, Universitetsforlaget 2008
- Barneombudet. Å leve med vold i familien. Oslo, 2009.
- Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5.utg. Oslo, Universitetsforlaget 2001
- Haugli, Trude. Hensynet til barnets beste. I: Høstmælingen, Njål og Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg. Barnekonvensjonen Oslo, Universitetsforlaget 2009
- Hennum, Ragnhild. Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse. I: Høstmælingen, Njål og Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg. Barnekonvensjonen Oslo, Universitetsforlaget 2009
- Kjølberg, Gunn-Mari og Sigrid Redse Johansen. Barnefordelingstvister 1.utg. Bergen, Fagbokforlaget 2006
- Sandberg, Kirsten. Barnets beste. Oslo, Notam forlag AS 1990
- Skjørten, Kristin. Samlivsbrudd og barnefordeling 1.utg. Oslo, Gyldendal 2005
- Smith, Lucy. FNs konvensjon om barnets rettigheter. I: Høstmælingen, Njål og Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg. Barnekonvensjonen Oslo, Universitetsforlaget 2009
- Smith, Lucy og Peter Lødrup. Barn og foreldre 7.utg. Oslo, Gyldendal 2007

Artikler i tidsskrifter og aviser:

- Haaheim, Sjak. En sier for barna. I: Drammens Tidende 16.september 2010
- Haugli, Trude. Samværsrett på helsa løs? I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. Gyldendal Nr.03/2007.

- Haugli, Trude. Til barnets beste. Familiebilder – familiemønstre i endring. I: Kirke og kultur. Universitetsforlaget, 2004
- Oppedal, Mons. Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven. I: FAB nr.2 2008
- Skjørten, Kristin. Barns meninger om samvær. I: Kjørholt, Anne-Trine (red). Barnet som samfunnsborger. Universitetsforlaget, 2010
- Skjørten, Kristin. Forståelser av overgrep i barnefordelingssaker. I: Tidskrift for Familierett, arvetrett og barnevernrettslige spørsmål. Gyldendal Nr. 3-4/2004 årgang 2.

Lov- og forarbeidsregister:

- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22.mai 1902 nr. 10
- 1950 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 4.november 1950, inkorporert ved menneskerettsloven
- 1966 Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16.desember 1966, inkorporert ved menneskerettsloven
- 1981 Lov om barn og foreldre (barneloven) av 8.april 1981 nr.7
- 1989 FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) av 20.november 1989
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr.30
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17.juni 2005 nr.90
- 2006 Lov om endringer i barnelova mv. av 7.april 2006 nr.6
- 2010 Lov av 9.april 2010 nr.13
- Ot.prp.nr.103 (2004-2005) Om lov om endringer i barnelova mv.
- Ot.prp.nr.104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv.
- NOU 2003:31 Retten til et liv uten vold.

- NOU 2008:9 Med barnet i fokus
- FOR av 7.des 2006 nr.1360 Forskrift om nærare føresegner om oppnemning av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjering for dette.
- Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet (2010): Retningslinjer om samvær under tilsyn av 25.juni 2010.
- Barne- og familiedepartementet (2004): Om nye saksbehandlingsregler i barneloven i kraft 1.april 2004. Veileder Q-15/2004. Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn.
- CRC/C/NOR/CO/4 – FN Konvensjonen om barnets rettigheter. Komiteens femtittredje sesjon. 11.-29. Januar 2010.
- Ra 08-348 Rundskriv fra Riksadvokaten Nr.3 2008

Nettdokument:

- Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Vold mot barn i Norge og i verden – om FN-rapporten og dens betydning. Oslo, 2006.
http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/aktuelt/taler_artikler/ministeren/barne_og_likestillingsminister_bekkemell/2006/vold-mot-barn-i-norge-og-i-verden-om-fn-.html?id=273386 (Sitert 14.oktober 2010)
- Barneombudet. Hvordan følges barnekonvensjonen opp – FNs komité for barns rettigheter. Oslo, 2008.
<http://barneombudet.no/barnekonvensjonen/rettighetsarbeid/arkiv/oppfolging/> (Sitert 14.oktober 2010)

Personer:

- Sveen, Trude Elisabeth. Epost av 4.oktober 2010
- Haaheim, Sjak Rasmussen. Epost av 9.november 2010

Domsregister:

Min domsundersøkelse:

- LB-2008-132074
- LB-2008-135987
- LB-2008-188951
- LB-2009-11517
- LB-2009-102317
- LB-2009-122435
- LB-2009-133029
- LB-2009-137587
- LB-2009-138174
- LB-2009-165191
- LB-2009-179822
- LB-2009-180817
- LB-2009-191443
- LE-2008-111508
- LE-2009-10440
- LE-2009-90824
- LE-2009-97145
- LE-2009-129525
- LE-2009-138489
- LF-2008-103008
- LF-2008-170027
- LF-2008-188900
- LF-2009-15219
- LF-2009-47514
- LF-2009-92653
- LF-2009-96263
- LF-2009-121837
- LF-2009-129174

- LF-2009-74392
- LG-2009-50944
- LH-2009-3660
- LH-2009-69391
- LH-2009-102243
- LH-2009-129710

Andre dommer:

- LH-1997-00769
- LB-2006-128637
- HA-2010-1426-A
- Rt.1940 s.155
- Rt.1989 s.148
- Rt.1991 s.1148
- Rt.1994 s.1394
- Rt.1995 s.946
- Rt.1996 s.888
- Rt.2001 s.14
- Rt.2007 s.967

7 Lister over tabeller og figurer

Figur 1.

Agder	0
Borgarting	13
Eidsivating	6
Frostating	10
Gulating	1
Hålogaland	4